

*Die Folgen
verfassungswidriger Gesetze
im öffentlichen Recht*

*Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts-und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau*

*vorgelegt von
Diemut Majer
Referendarin aus Grossbettlingen
1966*

1965

Digitized by the Internet Archive
in 2026

*Die Folgen
verfassungswidriger Gesetze
im öffentlichen Recht*

*Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts-und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau*

*vorgelegt von
Diemut Majer
Referendarin aus Grossbettlingen
1966*

Dekan: Professor Dr. Erich Streissler
Referent: Professor Dr. Konrad Hesse
Korreferent: Professor Dr. Martin Bullinger

Tag der mündlichen Prüfung: 14. Dezember 1965



Inhaltsverzeichnis

	Seite
Gliederung	I
Literaturverzeichnis	VI
Abkürzungsverzeichnis	XVII
Einleitung	1
Erster Teil: Allgemeiner Überblick über die Folgen verfassungswidriger Gesetze	
Erster Abschnitt: Der Umfang der Bundes-Verfassungsgerichtsbarkeit	
I) Die abstrakte Normenkontrolle (Art.93 I Nr.2 GG)	
1) Wortlaut	5
2) Interpretation	5
II) Die konkrete Normenkontrolle (Art.100 GG)	
1) Wortlaut und Entstehungsgeschichte	8
2) Interpretation	9
a) Die Ansichten des Schrifttums	9
b) Die Ansicht der Rechtsprechung	13
c) Stellungnahme	16
Zweiter Abschnitt: Die unmittelbaren Folgen verfassungswidriger Gesetze	
I) Die zeitliche Wirkung der Nichtigkeit	25
II) Der Umfang der Nichtigkeit	29
III) Arten der Nichtigkeit	31

Dritter Abschnitt: Die Folgen verfassungswidriger Gesetze auf staatliche Hoheitsakte

I) Das Problem der "gesetzlosen" Verwaltungsakte	33
II) Die Regelung des § 79 BVerfGG	36
1) Definitionen	37
2) Inhalt	40
a) § 79 II BVerfGG	
b) § 79 I BVerfGG	
III) Zusammenfassung	42

Zweiter Teil: Einzelne Rechtsgebiete

Erster Abschnitt: Wahlrecht

I) Die Entscheidungen des BVerfG	
1) Verstösse gegen Art.3 I, 28 I GG	46
a) Saarland (§ 25 II KWG)	46
b) Nordrhein-Westfalen (§§ 16 I S.1 und 2, 29 S.2 und 3 KWG)	47
c) Schleswig-Holstein	48
aa) §§ 11, 17 II S.1, 42, I, III, 46, 48 I - IV, 50 GKWG 1959	48
bb) § 38 III GKWG 1951	49
cc) § 41 II GKWG 1955	50
2) Verstösse gegen Art.3 i.V.m. Art.21 GG	50
a) Bundeswahlrecht (§§ 3 III, 26 I BWG)	51
b) Landeswahlrecht (§ 3 I LandeswahlG Schleswig-Holstein)	53
c) Kommunalwahlrecht (§ 19 IX NKWG)	54
II) Die Folgen der Entscheidungen	
1) Ungültigkeit der Wahlen?	55
a) Das formelle Wahlprüfungsrecht	55
b) Anwendbarkeit des § 79 II BVerfGG	56
c) Das materielle Wahlprüfungsrecht	57
2) Ungültigkeit der Beschlüsse von aufgrund verfassungswidriger Bestimmungen gewählten Organen? Rechtsstatus dieser Organe	63
3) Zusammenfassung	68

Zweiter Abschnitt: Steuerrecht

I) Die Entscheidungen des BVerfG	
1) Verstösse gegen Art.3 II, 6 I GG	70

a) Einkommensteuerrecht (§§ 26, 27 EStG)	70
b) Gewerbesteuerrecht (§ 8 Nr. 5 GewStG)	72
c) Grunderwerbssteuerrecht (§ 1 III Nr. 1 GrEStG)	73
2) Verstöße gegen Art. 3 I GG	74
a) Einkommensteuerrecht (§ 10 b EStG)	74
b) Gewerbesteuerrecht (§ 8 Nr. 6 GewStG)	75
Anhang: Umsatzsteuerrecht (§ 17 I UStDB)	78
3) Verstöße gegen Art. 2, 20 III GG	78
a) Belastende Steuergesetze	78
b) Begünstigende Steuergesetze	80
4) Verstöße gegen Art. 80 I GG	81
a) Umsatzsteuerrecht (§§ 6, 8, 18 UStG)	81
b) Verkehrsfinanzrecht	82
5) Verstöße gegen Art. 105 II GG (§ 2 GSStG)	83
II) Die Folgen der Entscheidungen	
1) auf andere Rechtsnormen	85
a) Einkommensteuerrecht	85
b) Gewerbesteuerrecht	86
2) auf anfechtbare Entscheidungen und zukünftige Verfahren	88
a) Einkommensteuerrecht	88
b) Gewerbesteuerrecht	92
c) Sonstiges Steuerrecht	93
3) auf formell bestandskräftige Entscheidungen	94
a) Einkommensteuerrecht	94
b) Gewerbesteuerrecht	99
c) Sonstiges Steuerrecht	100
aa) §§ 222 ff. AO als Spezialnormen?	101
bb) §§ 93 ff. AO als Spezialnormen?	107
cc) Die Lösungen des Schrifttums	108
dd) § 4 III Nr. 2 StAnpG als Spezialnorm?	112
4) Zusammenfassung	119

Dritter Abschnitt: Sozialrecht

I) Die Entscheidungen des BVerfG	
1) Verstöße gegen Art. 3 GG	121
a) Angestelltenversicherungsrecht (§§ 165 RVO, 4 I Nr. 2, 43 I, 44 II AVG)	121
b) Versorgungsrecht (§ 45 V S. 1 BVG)	123
c) Entschädigungsrecht (§ 27 IV KGFEG)	124
2) Verstöße gegen Art. 6 GG	124
a) Versorgungsrecht (§ 32 IV Nr. 6 und V Nr. 6 BVG)	124
b) Lastenausgleichsrecht (§ 91 III Nr. 1 LAG)	125

	Seite
3) Verstösse gegen Art.12 GG (§ 368 a I-III RVO)	126
4) Verstösse gegen Art.80 I GG (§ 44 KgfEG)	127
5) Verstösse gegen Art.120 GG (Tilgungsgesetz)	127
II) Die Folgen der Entscheidungen	
1) auf andere Rechtsvorschriften	129
2) auf anfechtbare Entscheidungen und zukünftige Verfahren	130
3) auf formell bestandskräftige Entscheidungen	132
4) Zusammenfassung	134
Vierter Abschnitt: B e a m t e n r e c h t	
I) Die Entscheidungen des BVerfG	
1) Versorgungsrecht	135
a) G 131 i.V.m. dem 1.And.G (Art.5 I)	135
b) Besoldungsrecht (§ 6 I BesG 1951)	136
2) Entschädigungsrecht (§ 19 I BWGG)	137
3) Beamtenbeförderungsrecht (§ 110 BBG)	138
II) Die Folgen der Entscheidungen	
1) Versorgungsrecht	139
2) Beamtenbeförderungsrecht	147
3) Zusammenfassung	151
Fünfter Abschnitt: G e r i c h t s b a r k e i t	
I) Die Entscheidungen des BVerfG	
1) § 69 II des Soforthilfegesetzes	152
2) Das württemberg-badische Gesetz über die Friedensgerichtsbarkeit	153
3) § 11 I S.2 des Gesetzes über die baden- württembergische Gemeindeggerichtsbarkeit	155
II) Die Folgen der Entscheidungen	
1) Die "Urteile" der verfassungswidrigen Gerichte	156
2) Anwendbarkeit des § 79 I BVerfGG?	159
3) Zusammenfassung	165

Sechster Abschnitt: S t r a f r e c h t

I) Die Entscheidungen des BVerfG	
1) Allgemeines Strafrecht (§ 90 a III StGB)	166
2) Verkehrsstrafrecht (§§ 49 StVO, 71 StVZO)	167
II) Die Folgen der Entscheidungen	
1) Allgemeines Strafrecht	169
a) Die Wirkung der Nichtigerklärung auf andere Strafnormen (§§ 90 a III i.V.m. 129 StGB)	169
b) Die Wirkung der Nichtigerklärung auf Strafurteile (§ 79 I BVerfGG)	170
c) Vollstreckungsfragen	173
d) Anwendung des § 79 I BVerfGG auf urteilsähnliche Entscheidungen	176
2) Verkehrsstrafrecht	176
a) § 21 StVG als Ersatznorm?	177
b) nicht rechtskräftige Urteile	179
c) rechtskräftige Urteile	180
d) Verfahrensfragen	184
3) Zusammenfassung	187

Dritter Teil: Stellungnahme

I) Die bisherigen Ergebnisse	189
II) Schlussfolgerungen	190
1) Der Anwendungsbereich des § 79 BVerfGG	191
2) Andere Möglichkeiten	196
a) "Wiederaufleben" einer Norm?	197
b) Verwendung einer Ersatznorm?	199
c) Richterliche Lückenfüllung	207
III) Zusammenfassung	211

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

Monographien

- Anders - Jungkunz -Käppner Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der unter Art. 131 GG fallenden Personen, 4. Aufl., Stuttgart 1959
- Bachof, Otto Verfassungswidrige Verfassungsnormen, Recht und Staat 163/164
- Ball, Kurt Das materielle Wahlprüfungsrecht, öffentlich-rechtliche Abhandlungen, Bd. 11
- Blümich-Boyens-Steinbring-Klein Gewerbesteuerengesetz, 7. Aufl., Berlin - Frankfurt 1961
- Blümich-Falk Einkommensteuergesetz, 1. Bd., 8. Aufl., Berlin - Frankfurt 1959
- Bochalli, Alfred Bundesbeamtengesetz, 2. Aufl., Berlin - München 1958
- Dennewitz-Wernicke Kommentar zum Bonner Grundgesetz, (Bonner Kommentar), Hamburg 1954
- Dreher-Maassen Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und den wichtigsten Nebengesetzen, 3. Aufl., München - Berlin 1959
- Ebermayer-Lobe-Rosenberg-Nagler Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar), 8. Aufl., Berlin 1957
- Etmer, Friedrich RVO, 3. Buch, Unfallversicherung i. d. F. des Unfallversicherungsneuregelungsgesetzes vom 30.4.1963, München 1963
- Eyermann-Fröhler Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, München-Berlin 1960
- Fischbach, Oskar Georg Bundesbeamtengesetz, 1. Halbbd., 3. Aufl., Köln - Berlin - Bonn - München 1964
- Forsthoff, Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Bd., 8. Aufl., München-Berlin 1961
- Friesenhahn, Ernst Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, Köln - Berlin - Bonn - München 1963

Geiger, Willi	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12.3.1951, Kommentar, Berlin - Frankfurt 1952
Grossmann, R. H.	Die staats- und rechtsideologischen Grundlagen der Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika und in der Schweiz, Zürich 1948
Hamann, Andreas	Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949, Berlin - Neuwied - Darmstadt 1956
Hatschek, Julius	Das Reichsstaatsrecht, Berlin 1923
Hoffmann, Werner	Kurzer Grundriss des deutschen Staatsangehörigkeitsrechts, Frankfurt - Berlin 1959 (Zitat: Grundriss)
ders.,	Gesetz zur Regelung von Fragen der Staatsangehörigkeit vom 22. 2. 1955 (BGBl. I/65), Stuttgart 1955 (Zitat: StARG)
Herrmann - Heuer	Kommentar zur Einkommensteuer einschliesslich Lohnsteuer und Körperschaftsteuer, Bd. III, 10. Aufl., Köln 1963
Jellinek, Georg	Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Bad Homburg vor der Höhe 1960
Jellinek, Walter	Verfassung und Verwaltung des Reiches und der Länder, Leipzig - Berlin 1927
ders.,	Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen, Heidelberg 1908
Judeich - Felix	Steueranpassungsgesetz, Kommentar, Düsseldorf 1960
Köhler, Alexander	Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. 1. 1960, Berlin - Frankfurt 1960
Lechner, Hans	Bundesverfassungsgerichtsgesetz, München - Berlin 1954
Littmann, Eberhard	Einkommensteuerrecht, 7. Aufl., Stuttgart 1962
Löwenstein, Karl	Verfassungslehre, Tübingen 1959
Merck, Wilhelm	Deutsches Verwaltungsrecht, Erster Band, Berlin 1962

- von Mangoldt - Klein Das Bonner Grundgesetz, 2.Aufl.,
Berlin - Frankfurt 1964
- Maunz - Dürig Kommentar zum Grundgesetz,
München - Berlin 1960/61
- Mayer, Otto Deutsches Verwaltungsrecht,
3. Aufl., München 1924
- Mortati, Constantius Istituzioni del Diritto Pubblico,
5. Aufl., Padua 1960
- Müller, Horst Joachim Die Zuständigkeit zur Gesetzes-
kontrolle nach dem Grundgesetz,
jur. Dissertation, Hamburg 1959
- Nass, Klaus Wahlorgane und Wahlverfahren
bei Bundes - und Landtagswahlen,
Göttingen 1959
- Obermeier, Manfred Das Verhältnis zwischen Bundes -
und Landesverfassungsgerichtsbar-
keit, jur. Dissertation,
München 1952
- Paeschke, Richard Zur Frage der Kollision zwischen
der Bundes- und Landesverfassungs-
gerichtsbarkeit, Jur.Dissertation,
Köln 1953
- Pfeiffer, Gerd Die Verfassungsbeschwerde in der
Praxis, Essen 1959
- Schätzel, Walter Das deutsche Staatsangehörigkeits-
recht, 2.Aufl., Berlin 1958
- Schmidt, Eberhard Lehrkommentar zur Strafprozessord-
nung und zum Gerichtsverfassungs-
gesetz, Göttingen 1957
- Schönke - Schröder Strafgesetzbuch, Kommentar,
12.Aufl., München - Berlin 1965
- Schwarz - Kleinknecht Strafprozessordnung, Gerichtsver-
fassungsgesetz, Nebengesetze und
ergänzende Bestimmungen, 23.Aufl.,
München - Berlin 1962
- Seeler, Hans Joachim Die Staatsangehörigkeit der
Volks-deutschen, Abhandlungen der
Forschungsstelle für Völkerrecht
und ausländisches öffentliches
Recht der Universität Hamburg,
Bd.8, Frankfurt - Berlin 1960
- Seifert, Karl Heinz Bundeswahlgesetz, Bundeswahlord-
nung und wahlrechtliche Nebenge-
setze, Kommentar, Berlin - Frank-
furt 1957
- Sturm, Fritz Rechtsgeschäft und verfassungs-
widriges Gesetz, Frankfurt 1962

Tipke-Kruse	Reichsabgabenordnung mit Nebengesetzen, Taschenkommentar, Köln 1961
Windisch, Ernst	Die Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, jur. Dissertation, Frankfurt 1956
Wolf, Ernst	Verfassungsgerichtsbarkeit und Verfassungstreue in den Vereinigten Staaten, Basel 1961
Wolff, Hans J.	Verwaltungsrecht I - Ein Studienbuch -, 6. Aufl. München-Berlin 1965

Beiträge

Antoniolli, Walter	Finanzverwaltung und Rechtsstaat in Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, Festschrift für Hans Huber, Bern 1961, 9 ff.
Apelt, Willibald	Die Wahlrechtsentscheidung des Staatsgerichtshof und die letzte Regierungsbildung im Freistaat Sachsen, AöR NF 18/121 ff.
Arndt, Adolf	Das Bundesverfassungsgericht, DVBl. 52/1 ff.
ders.	Hat die Feststellung der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes die Nichtigkeit der darauf gestützten Verwaltungsakte zur Folge? NJW 59/863 ff.
ders.	Zur Vollstreckbarkeit verfassungswidriger (Steuer-)Gesetze, BB 59/593 ff.
ders.	Die Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze, DOV 59/82 ff.
ders.	Die Bindungswirkung des Grundgesetzes, BB 60/993 ff.
ders.	Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 10.5.1960 (§ 25 II KWG Saar), JZ 60/488
ders.	Das nicht erfüllte Grundgesetz, Recht und Staat 1960/5 ff.
Bachof, Otto	Zur Auslegung des Art.100 I GG, DVBl. 51/13 ff.
ders.	Die Rechtsprechung des BVerwG, JZ 57/431 ff.

- Barth, Kuno Zur Verfassungswidrigkeit des
§ 8 Nr.6 GewStG, B 62/713 ff.
- ders. Das Urteil des BVerfG zur Nich-
tigkeit des § 8 Nr.6 GewStG,
GmbHRdsch.62/41 ff.
- Bender, Walter Bedroht § 21 StVG in gleicher
Weise wie die für nichtig er-
klärten §§ 49 StVO und 71 StVZO
Zu widerhandlungen mit Strafe ?
NJW 63/431
- Benz, Eberhard Die Ausführung verfassungswidriger
Gesetze, Bad.Württ.VBl.60/7 ff.
- Bertram, Friedrich Bestrafung von Parteimitgliedern
und Parteienprivileg, NJW 61/1099ff.
- ders. Einzelne Fragen zum Wiederaufnahme-
verfahren nach §§ 79 I BVerfGG,
359 ff. StPO, MDR 62/535 f.
- Bettermann, Karl August Verwaltungsgerichtliche General-
klausel, ordentlicher Rechtsweg
und nichtiger Verwaltungsakt,
MDR 49/394 ff.
- ders. Zur Verfassungsbeschwerde gegen
Gesetze und zum Rechtsschutz des
Bürgers gegen Rechtssetzungsakte
der öffentlichen Gewalt, AöR NF
86/129 ff.
- Beyer Die Rechtswirksamkeit der Be-
schlüsse von Stadtverordnetenver-
sammlungen, deren Wahl angefoch-
ten ist, PrVBl.1924/25, 33
- Bresky, Georg Beförderungsschnitt und Wieder-
gutmachung, ZBR 62/180 ff.
- Cramer, Peter Die Neuregelung der Sprengstoff-
delikte durch das 7. Strafrechts-
änderungsgesetz, NJW 64/1835
- Creifelds, Carl Strafprozessuale Auswirkungen der
Entscheidungen des BVerfG zu den
§§ 49 StVO, 71 StVZO und 21 StVG,
JR 62/361 ff.
- Dilcher, Hermann Rechtsgeschäfte auf verfassungs-
widriger Grundlage, AcP 163/193 ff.
- Ernst, Eberhard Zwischen Rechtssicherheit und Ein-
zelfall-gerechtigkeit - Zur Frage,
ob § 79 BVerfGG einer Änderung
bedarf -, StW 63/Sp.1 ff.
- ders. Die Rechtsprechung des BVerfG zum
Steuerrecht(2), StW 62/Sp.15 ff.

- Felix, Günther Rechtskrise im Steuerrecht,
JZ 59/132 ff.
- ders. Gewerbesteuererstattung nach Nicht-
tigkeit des § 8 Nr.6 GewStG,
GmbHRRdsch. 62/129 ff.
- ders. Das Gewerbesteueränderungsgesetz
1963, DStR 63/557 ff.
- Felix - Heinemann Das Gewerbesteueränderungsgesetz
in verfassungsrechtlicher Sicht,
GmbHRRdsch. 63/234 ff.
- Felix - Roos Nochmals: Gewerbesteuererstattung
nach Nichtigkeit des § 8 Nr.6
GewStG, GmbHRRdsch. 62/235 ff.
- Felmy, H. Was folgt aus der Auffassung, das
Verwaltungsstrafverfahren der AO
sei verfassungswidrig? FR 59/247ff.
- Flume, Werner Die Entscheidung des BVerfG zu
§ 8 Ziff.6 GewStG, B 62/381 ff.
- Gail, Winfried Berichtigung rechtskräftiger Ge-
werbesteuerermessbescheide, BB 63/265
- Geiger, Willi Die Beziehungen der Bundesverfas-
sungsgerichtsbarkeit und der üb-
rigen Gerichtsbarkeit aufgrund
des BVerfGG, DRiZ 51/172 ff.
- Gerhardt, Kurt Der Begriff des Deutschen ohne
deutsche Staatsangehörigkeit
-Zur Auslegung von Art.116 I GG-
VerwPr. 1959/221 ff.
- Gericke, Werner Die wesentliche Beteiligung i.S.
d. § 17 EStG im Spiegel der Ent-
scheidungen des BVerfG zu § 8
Nr.5 und 6 GewStG, FR 62/204 ff.
- Götz, Heinrich Der Wirkungsgrad verfassungswid-
riger Gesetze, NJW 60/1177 ff.
- Grabendorff, Walter Anmerkung zu dem Urteil des BVerfG
vom 14.6.1960, ZBR 60/287
- Hamann, Andreas Aussetzung der Vollziehung von
Steuerbescheiden bei verfassungs-
rechtlich zweifelhaften Steuer-
gesetzen, NJW 59/1465 ff.
- Hans, Wilhelm Die Auswirkungen der Entscheidung
des BVerfG zu § 71 der Strassen-
verkehrszulassungsordnung,
BB 62/863 ff.
- Haueisen, Fritz Die Rücknahme fehlerhafter Ver-
waltungsakte, NJW 54/1425 ff.
- ders. Der Widerruf fehlerfreier Ver-
waltungsakte, NJW 55/1457 ff.

- Henrichs, Wilhelm Über die Rechtsfolgen fehlerhafter Wahlgesetze, NJW 60/1746 ff.
- Heinemann, Gustav Die Rechtsordnung des politischen Kampfes, NJW 62/889
- Hippe, Wolfgang Zur Nichtigerklärung des § 8 Nr.6 GewStG durch das BVerfG, FR 62/199ff
- ders. Zur Hinzurechnung der Bezüge "wesentlich Beteiligter" zum Gewerbeertrag, FR 62/382 ff.
- Hoegen Zur Frage der Auswirkungen des Beschlusses des BVerfG betr. die Friedensgerichte in Nordbaden und Nordwürttemberg, Die Justiz(Amtsblatt des Justizministeriums Baden-Württemberg) 60/28 ff.
- Hoffmann, Gerhard Die Verwaltung und das verfassungswidrige Gesetz, JZ 61/193 ff.
- Hopfenmüller, Theo Bundesverfassungsgericht und Steuerrecht, BB 62/529 ff.
- Hoppner Die Auswirkungen des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungswidrigkeit der Friedensgerichte auf Verfahren in Zivilsachen, NJW 60/513 ff.
- Huber, Ernst Rudolf Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd.II, Tübingen 1954
- Ipsen, Hans Peter Die Nachprüfung der Verfassungsmässigkeit von Gesetzen, Beiträge zum öffentlichen Recht(Sonderveröffentlichung der Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht)1950/791 ff.
- ders. Grundgesetz und richterliche Prüfungszuständigkeit, VBl.49/486
- ders. Wochenend und Grundgesetz, DVBl.50/385
- Jacobi, Erwin Die Rechtsverordnungen, HdbDStR Bd. II, 236 ff.
- Jauernig, Othmar Wirksame Urteile der Friedensgerichte? NJW 60/1885 ff.
- Jellinek, Walter Der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich und die Splitterparteien, AöR NF 15/99 ff.
- ders. Die Landtage und die Bürgerschaften der freien Städte, HdbDStR Bd. I/620 ff.(630 ff.)
- Kaisenberg, Georg Die Wahlprüfung, HdbDStR Bd.I/400ff

Kaiser, Eberhard	Folgerungen aus den Entscheidungen des BVerfG zu den verkehrsrechtlichen Strafbestimmungen, NJW 62/1703 ff.
Kallabis, Werner	Beförderungsschnitt und Grundgesetz, ZBR 58/117 ff.
Kern, Eduard	Das Ende der Friedensgerichte, JZ 60/244 ff.
Kipp, Heinrich	Die Rechtsfolgen verfassungswidriger Gesetze unter näherer Berücksichtigung des Bonner Grundgesetzes, Gegenwartsprobleme des Rechts, hrsg. von H. Conrad und H. Kipp, Paderborn 1950/85 ff.
Kistner, Peter	Die Freiheitsentziehung aufgrund von Verordnungsrecht, DRiZ 62/118
Klein, Hans H.	Ungereimtheiten bei der Einbürgerung deutscher Volkszugehöriger, -Überlegungen zu den §§ 8 und 9 des 1. StARG -, DOV 64/408 ff.
Kleinrahm, Kurt	Das richterliche Prüfungsrecht bei Rechtsverordnungen, DVBl. 50/299 ff.
Kneser, Andreas	Der Einfluss der Nichtigerklärung auf unanfechtbare Entscheidungen, AöR 1964/130 ff.
Knoll, Ernst	Kann gegenüber Entscheidungen von Spruchstellen, die der Gesetzgeber verfassungswidrig als Gerichte bezeichnet hat, noch der Rechtsweg beschritten werden, nachdem das BVerfG die entsprechenden Gesetzesvorschriften für nichtig erklärt hat? JZ 56/358 ff.
Kremer, Johannes	Verfassungskonforme Auslegung des § 222 I Ziff. 1 und 2 AO, FR 64/93 ff.
Krüger, Ralf	Zur Frage der Subsidiarität des § 21 StVG, NJW 62/1805
Kühn, Rolf	Abgabenordnung/Steueranpassungsgesetz/Finanzverwaltungsgesetz/Nebengesetze, 7. Aufl., Stuttgart 1963
Lackner, Karl	Das 7. Strafrechtsänderungsgesetz, JZ 64/674 ff.
Laux, Joachim	Zum Verhältnis des § 79 BVerfGG zu § 222 AO - Geht § 79 BVerfGG dem § 222 AO als Spezialnorm vor? StW 57/Sp. 294 ff.
Lenski	Anmerkung zum Urteil des BVerfG zu § 26 EStG 1951, DStR 57/206

Lönisch, Manfred	Zu den Folgen der Nichtigkeitsfeststellung eines Gesetzes durch das BVerfG, insbesondere für private Rechtsverhältnisse, JZ 61/731 ff.
Maurer, Hartmut	Strafurteil und verfassungswidriges Gesetz, JZ 63/666 ff.
Messmer, Kurt	Buchbesprechung (zu Littmann, Einkommensteuerrecht, 7. Aufl.), JZ 64/432
Niemeyer, Gisela	Zum Verhältnis der §§ 94 und 234 AO bei der Änderung eines nach § 222 Abs. 1 Ziff. 1 AO berichtigten Steuerbescheids, DStR(A) 58/285 ff.
Patzig	Das Bundesverfassungsgericht und die Finanzverfassung, DVBl. 61/389
Raiser, Thomas	Verfassungswidrige Mindeststrafen JZ 63/663 ff.
Randebrock, Otto	Erstattung der Gewerbesteuer nach Ergehen der Bundesverfassungsgerichtsurteile vom 24.1.1962, B 62/455 ff.
Reiff, Hans	Das Schicksal friedensgerichtlicher Entscheidungen nach dem Karlsruher Spruch, NJW 60/1559 ff.
Renscher, Fedor	Einbürgerung deutscher Volkszugehöriger - Nachwort zum Beitrag Hans Klein -, DGV 64/690 ff.
Roesen, Anton	Rechtsfragen der Einsatzgruppenprozesse, NJW 64/133 ff.
Röhl, Hellmut	Was wird aus den Urteilen der Friedensgerichte? NJW 60/179 ff.
Roos, Heinz	Die rechtliche Bedeutung von § 4 III Nr. 2 StAnpG, FR 64/9 ff.
Salzwedel, Jürgen	Rechtsstaat im Steuerrecht, Vom Rechtsschutz im Steuerrecht, (Hrsg. von Günther Felix), Düsseldorf 1960/9 ff.
Sauer, Otto	Berichtigung von Steuerbescheiden zugunsten des Steuerpflichtigen bei Verfassungswidrigkeit der einzelnen Steuergesetze, StW 62/62 ff.
Schäfer, Hans	Das Verhältnis zwischen Bundes- und Landesverfassungsgerichtsbarkeit, JZ 51/199 ff.
ders.	Zwischenbilanz der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 I GG, NJW 54/1 ff.

Schall, Herbert	Wann ist eine Berichtigungsveranlagung nach § 27 IV EStG 1957 durchzuführen? StW 62 I/406 ff.
Schelcher, W.	Zur Entscheidung des Staatsgerichtshofs über die sächsischen Landtagswahlen vom 31.10.1926, AÖR NF 17/109 ff.
von Scheuel, Albrecht	Zusatzumsatzsteuererstattung wegen Verzichts auf Bescheid und Rechtsmittel, B 59/1177 ff.
Scheuner, Ulrich	Einwirkung der verfassungsgerichtlichen Feststellung der Nichtigkeit von Rechtsnormen auf vorgängige Hoheitsakte, BB 60/1253 ff.
Schmidt-Leichner, Erich	Die Krise der Verfassungsmässigkeit verkehrsrechtlicher Strafvorschriften, NJW 62/513 ff.
Seifert, Helmut	Die Gesellschaftssteuer bei Beteiligung einer juristischen Person als persönlich haftende Gesellschafterin an einer KG, BB 62/132 ff.
Siegfried, Ferdinand	Welchen Einfluss hat das Ausserkrafttreten eines Gesetzes, das eine frühere Bestimmung aufgehoben hatte, auf diese Bestimmung? JZ 57/744
Sigloch, Heinrich	Vorläufige Geltung verfassungswidriger Gesetze, JZ 58/80 ff.
Skibbe, Manfred	Erstattung der Zusatzumsatzsteuer nach einer Betriebsprüfung, BB 59/1206
Spitaler, Armin	Hat § 234 auf Rückerstattung der Zusatzumsatzsteuer einen Einfluss? UStR 58/113 ff.
ders.	Die Rechtslage nach den Urteilen des BVerfG zur Gewerbesteuer und zu den Arbeitsverträgen zwischen Ehegatten, BB 62/421 ff.
von Stackelberg, Ferdinand	Lässt sich die Verfassungswidrigkeit von Strafurteilen zu § 71 StVZO und § 49 StVO heilen? NJW 63/700 ff.
Steinberg	Die Verfassungswidrigkeit der Vorschriften des § 8 Ziff.5 und 6 GewStG sowie der Rechtsprechung des BFH zur steuerlichen Beurteilung von Arbeitsverträgen zwischen Ehegatten, DStZ(A) 62/81 ff.

Schulze, Walter	Zurechnung von Einkünften aus Kindesvermögen, B 60/4 ff.
Tasche	Können die Bezirke der ordentlichen Gerichte durch Verordnung geändert werden? NJW 52/407 ff.
Thiel, Rudolf	Berichtigung von Steuerbescheiden bei rückwirkender Änderung einer Gesetzesvorschrift, BB 63/443
Thürk, Walter	Zu den Rechtsfolgen des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts über die Nichtigkeit des § 25 II S.1 des saarländischen Kommunalwahlgesetzes, DVBl. 60/795 ff.
Ule, Carl Hermann	Beförderungsschnitt und Grundgesetz, Anmerkung zu dem Urteil des Landesverwaltungsgerichts Köln vom 25.2.1958, ZBR 58/122
Vangerow	Zum Beschluss des BVerfG vom 17.1.1957, StW 57/ Sp.261 ff.
Wächter, Joesef	Bedroht § 21 StVG in gleicher Weise wie die für nichtig erklärten §§ 49 StVO und 71 StVZO Zuwiderhandlungen mit Strafe? NJW 63/2158
Winterberg	Zur Erstattung der Gewerbesteuer nach Ergehen der Bundesverfassungsgerichtsurteile vom 24.1.1962 auch bei rechtskräftigen Bescheiden, B 62/587
Wolff, Hans J.	Die Nichtigkeit von Verwaltungsakten, MDR 51/523 ff.

Sonstiges

Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland, Nr.4

Verhandlungen des Deutschen Bundestags, stenographische Berichte (Zitat: sten.Berichte)

Verhandlungen des Deutschen Bundestats, Anlagen zu den stenographischen Berichten (Zitat: Drucksache)

Verhandlungen des 23. Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht über das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht

Abkürzungsverzeichnis

AO	=	Reichsabgabenordnung
Abg.	=	Abgeordneter
abl.	=	ablehnend
Abschn.	=	Abschnitt
Änd.	=	Änderung
allg.	=	allgemein
a.a.O.	=	am angegebenen Ort
ABl.	=	Amtsblatt
AG	=	Amtsgericht
AS RhPf.	=	Ämtliche Sammlung von Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte Rheinland - Pfalz und Saarland
a.A.	=	anderer Ansicht
AVG	=	Angestelltenversicherungsgesetz
Anh.	=	Anhang
Anm.	=	Anmerkung
Anz.	=	Anzeiger
ArbeitszeitO	=	Arbeitszeitordnung
ASR	=	Archiv des Öffentlichen Rechts
Art.	=	Artikel
Aufl.	=	Auflage
ausf.,ausführl.	=	ausführlich
AuslPolVO	=	Ausländerpolizeiverordnung
Bad.Württ.	=	Baden-Württemberg, baden-württembergisch
Bd.	=	Band
Bay	=	Bayern, bayerisch
BayObLG	=	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVBl.	=	Bayerische Verwaltungsblätter
Bay BS	=	Bereinigte Sammlung des bayerischen Landesrechts

BRRG	=	Beamtenrechtsrahmengesetz
Bem.	=	Bemerkung
Ber.	=	Bericht(e)
Beschl.	=	Beschluss
BesG	=	Besoldungsgesetz
bestr.	=	bestritten
betr.	=	betreffend
B	=	Betrieb
BB	=	Betriebsberater
bzw.	=	beziehungsweise
Buchst.	=	Buchstabe(n)
BGB	=	Bürgerliches Gesetzbuch
BBG	=	Bundesbeamtengesetz
BFH	=	Bundesfinanzhof
BGH	=	Bundesgerichtshof
BGHSt.	=	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ.	=	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BWG&D	=	(Bundes-)Gesetz zur Regelung der Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts für Angehörige des öffentlichen Dienstes
BGBI.	=	Bundesgesetzblatt
BStBl.	=	Bundessteuerblatt
BT	=	Bundestag
BVerfG	=	Bundesverfassungsgericht
BVerfGG	=	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVG	=	Bundesversorgungsgesetz
BVFG	=	Gesetz über die Angelegenheiten der Vertriebenen und Flüchtlinge (Bundesvertriebenengesetz)
BVerwG	=	Bundesverwaltungsgericht
ders.	=	derselbe
DRiZ	=	Deutsche Richterzeitung
DStR	=	Deutsches Steuerrecht (vormals: Deutsche Steuerrundschau)

DStZ(A)	=	Deutsche Steuerzeitung Ausgabe A
DStZ(B)	=	Deutsche Steuerzeitung Ausgabe B
DV	=	Deutsche Verwaltung (jetzt: Deutsches Verwaltungsblatt)
DVB1.	=	Deutsches Verwaltungsblatt
DOV	=	Die Öffentliche Verwaltung
ESTG	=	Einkommensteuergesetz
Entsch.	=	Entscheidung(en)
EFG	=	Entscheidung der Finanzgerichte
ESVGH	=	Entscheidungssammlung des Hessischen Verwaltungsgerichts- hofs und des Verwaltungsgerichts- hofs Baden-Württemberg
Erg.	=	Ergänzung
Erl.	=	Erläuterungen
ESTDVO	=	Einkommensteuereinführungs- verordnung
FG	=	Finanzgericht(e)
FR	=	Finanzrundschau
ff.	=	folgende
Forts.	=	Fortsetzung
gem.	=	gemäss
GemO	=	Gemeindeordnung
GmbH	=	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHRRdsch.	=	GmbHRRundschau
GVG	=	Gerichtsverfassungsgesetz
G, Ges.	=	Gesetz
GB1.	=	Gesetzblatt
GVBl.	=	Gesetz- und Verordnungsblatt
G 131	=	Gesetz zur Regelung der Rechts- verhältnisse der unter Art.131 des Grundgesetzes fallenden Personen
GewStG	=	Gewerbsteuergesetz
Goltd.A	=	Goltdammers Archiv

HdbDStR	=	Handbuch des Deutschen Staatsrechts, herausgegeben von Gerhard Anschütz und Richard Thoma, Tübingen 1932
hrsg.	=	herausgegeben
h.M.	=	herrschende Meinung
Hees.	=	Hessen, hessisch
i.S.v.	=	im Sinne von
i.d.F.v.	=	in der Fassung vom
i.V.m.	=	in Verbindung mit
Ital.	=	Italien, italienisch
JuschG	=	Jugendschutzgesetz
JZ	=	Juristenzeitung
jur.	=	juristisch
JR	=	Juristische Rundschau
KVStG	=	Kapitalverkehrssteuergesetz
KnVG	=	Knapenschaftsversicherungsneuregelungsgesetz
KStG	=	Körperschaftssteuergesetz
KStDVO	=	Körperschaftssteuerdurchführungsverordnung
Komm.	=	Kommentar
KgFEG	=	Kriegsgefangenenentschädigungsgesetz
Lammers-Simons	=	Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich und des Reichsgerichts auf Grund Artikel 13 Absatz 2 der Reichsverfassung, herausgegeben H.H.Lammers und W.Simons
LG	=	Landgericht
LAG	=	Lastenausgleichsgesetz
LK	=	Leipziger Kommentar
Leits.	=	Leitsatz
MilchG	=	Milchgesetz
MDR	=	Monatsschrift für Deutsches Recht
Nachw.	=	Nachweis(e)
NJW	=	Neue Juristische Wochenschrift

Nr.	=	Nummer
OFD	=	Oberfinanzdirektion
OLG	=	Oberlandesgericht
OVG	=	Oberverwaltungsgericht
OVGE	=	Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte für das Land Nordrhein - Westfalen in Münster sowie für die Länder Niedersachsen und Schleswig - Holstein in Lüneburg
Osterr.	=	Osterreich, Österreichisch
pol.	=	politisch
PolG	=	Polizeigesetz von Baden - Württemberg
ProVG	=	Preussisches Oberverwaltungsgericht
PrVBl.	=	Preussisches Verwaltungsblatt
Reg.Bl.	=	Regierungsblatt von Württemberg - Baden
Reg.Entw.	=	Regierungsentwurf
RGZ	=	Entscheidungen des Reichs- gerichts in Zivilsachen
RStBl.	=	Reichssteuerblatt
RuStG	=	Reichs- und Staatsange- hörigkeitgesetz
RVO	=	Reichsversicherungsordnung
RhPf.	=	Rheinland - Pfalz
Richtl.	=	Richtlinien
Rücks.	=	Rückseite
Schlesw.Holst.	=	Schleswig - Holstein
S.	=	Satz/Seite
s.	=	siehe
SofHilfG	=	Soforthilfegesetz
Sp.	=	Spalte
StARG	=	Gesetz zur Regelung von Fragen der Staatsangehörigkeit
StAnz.	=	Staatsanzeiger
StGH	=	Staatsgerichtshof
StAnpG	=	Steueranpassungsgesetz
steuerpfl.	=	steuerpflichtig

StW	=	Steuer und Wirtschaft
StGB	=	Strafgesetzbuch
StPO	=	Strafprozessordnung
StVO	=	Strassenverkehrsordnung
StVZO	=	Strassenverkehrszulassungsordnung
Stgt.	=	Stuttgart
US	=	Entscheidungen des Supreme Court
USTDB	=	Umsatzsteuerdurchführungs- bestimmungen
UStG	=	Umsatzsteuergesetz
UStR	=	Umsatzsteuerrundschau
UVNG	=	Unfallversicherungsneu- regelungsgesetz
Verf.	=	Verfasser
VerfGH	=	Verfassungsgerichtshof
vgl.	=	vergleiche
Veröff.	=	Veröffentlichung(en)
VA	=	Verwaltungsakt
VGH	=	Verwaltungsgerichtshof
VGO	=	Verwaltungsgerichtsordnung
VerwRspr.	=	Verwaltungsrechtsprechung
WahlO	=	Wahlordnung
Wahlper.	=	Wahlperiode
ZBR	=	Zeitschrift für Beamtenrecht
Ziff.	=	Ziffer
ZGB	=	Schweizerisches Zivil- gesetzbuch
ZPO	=	Zivilprozessordnung
z.B.	=	zum Beispiel
z.T.	=	zum Teil
zust.	=	zustimmend

Anmerkung: Im Text angeführte Gerichtsentscheidungen sind in den Fussnoten unter Bd..., sonst ohne besonderen Zusatz zitiert (z.B. BVerfG 7/...). Zahlenangaben in den Fussnoten ohne Zusatz bedeuten die jeweilige Seitenzahl der angegebenen Quelle (z.B. Schäfer 205)

E i n l e i t u n g ⁺⁾

In den vergangenen Jahren sind viele mit Spannung erwartete Entscheidungen des BVerfG zum Steuer-, Sozial- und Beamtenrecht, zum Strassenverkehrs- und zum Wahlrecht ergangen. Die Rechtsprechung des BVerfG ist damit mehr als gewöhnlich in den Blickpunkt des Interesses von Wissenschaft und Praxis, von Presse und Öffentlichkeit gerückt. Denn nun stellte sich plötzlich die Frage: was sollte geschehen, nachdem zahlreiche Vorschriften auf diesen Gebieten für nichtig erklärt worden waren? Mussten zu Unrecht gezahlte Steuern zurückerstattet, Strafurteile aufgehoben, Gehälter oder Renten von Beamten und Versorgungsempfängern im Sozialversicherungsrecht nachbezahlt, oder Wahlen wiederholt werden? Wie sollten Ehegatten zukünftig zur Einkommensteuer veranlagt, wie Verstösse gegen strassenverkehrsrechtliche Bestimmungen geahndet werden?

Die Auswirkungen verfassungswidriger Normen sind in erster Linie für den einzelnen Bürger und für die Verwaltungspraxis von ganz unmittelbarer, oft entscheidender Bedeutung. Der Bezug zwischen verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung und Rechtspraxis tritt hier besonders augenfällig in Erscheinung. Es kann den Betroffenen nicht gleichgültig sein, ob ihre auf verfassungswidrigen Vorschriften beruhenden Steuerbescheide noch vollstreckt oder abgeändert werden können, ob sie zu Unrecht bezahlte Steuern zurückerhalten, ob Freiheitsstrafen auf verfassungswidriger Grundlage noch zu verbüssen oder ob Wahlen aufgrund nichtiger Wahlbestimmungen zu wiederholen sind. Vielen dieser Fragen gegenüber haben Literatur und Rechtsprechung verschiedene, zum Teil sogar entgegengesetzte Standpunkte eingenommen. Eine Untersuchung dieser Stellungnahmen wird sich deshalb mit einer

⁺⁾ Die Arbeit ist im April 1965 abgeschlossen worden. Spätere Entscheidungen des BVerfG sind - soweit einschlägig - in den Fussnoten berücksichtigt.

Reihe von höchst aktuellen Problemen befassen müssen.

Die Aufgabe der vorliegenden Arbeit besteht somit in einer Prüfung, welche Konsequenzen sich für Theorie und Praxis aus der Nichtigerklärung von Gesetzen auf den einzelnen Sachgebieten ergeben haben. Von daher wird deutlich, dass ihr Schwerpunkt mehr im konkret-empirischen als im dogmatischen Bereich liegen muss und dass Folgerungen generell-abstrakter Art hinsichtlich der Auswirkungen verfassungswidriger Gesetze in den einzelnen Materien erst nach einer Sichtung und Analyse des vorhandenen Materials gezogen werden sollten. Ausgangspunkte sind dabei die für nichtig erklärten Vorschriften auf bestimmten Gebieten des öffentlichen Rechts. Wegen der Fülle der Entscheidungen des BVerfG und der Heterogenität der zu erörternden Sachgebiete erhebt die Arbeit nicht den Anspruch, einen erschöpfenden Überblick über sämtliche bisher für nichtig erklärte Vorschriften oder über alle Einzelheiten der sich hinsichtlich ihrer Auswirkungen ergebenden Probleme zu geben; sie muss sich darauf beschränken, die wichtigsten Entscheidungen des BVerfG als Beispiele zu nennen und nur auf die Hauptfragen der Folgen der Nichtigerklärung von Normen einzugehen bzw. auf sie hinzuweisen.

Ein erster Teil soll zunächst kurz in die Problematik des Umfangs der Bundesverfassungsgerichtsbarkeit und in die unmittelbar die Nichtigkeit von Gesetzen betreffenden Fragen einführen. Anschliessend folgt ein Überblick darüber, wie der Gesetzgeber die Folgen verfassungswidriger Gesetze auf staatliche Hoheitsakte¹⁾ in § 79 BVerfGG geregelt hat. Entsprechend der Zielsetzung der Arbeit kann hier keine systematisch-abstrakte Darstellung der sich aus § 79 BVerfGG ergebenden Probleme gegeben werden²⁾; so lohnend eine solche

- 1) Die Auswirkungen verfassungswidriger Normen auf zivile Rechtsgeschäfte sollen hier nicht behandelt werden, da sie einen Problembereich eigener Art bilden, vgl. hierzu die Monographie von Sturm u. den Beitrag von Dilcher in AcP 163/193 ff.
- 2) eine solche Darstellung hat z.B. Kneser in AÖR 64/130 ff. unternommen.

Untersuchung wäre, so wenig würde dadurch etwas über den tatsächlichen Wirkungsgrad des § 79 BVerfGG gesagt sein.

Ein zweiter Teil wird deshalb diese Frage vom Empirischen her prüfen und sich dabei auf die Gebiete konzentrieren, auf denen die Diskussion um eine Anwendung des § 79 BVerfGG von besonderer Aktualität ist. Dieser Überblick über den Streitstand geschieht in der Weise, dass zunächst die betreffenden Entscheidungen des BVerfG und anschließend die Stellungnahmen von Schrifttum und Rechtsprechung angeführt werden. Der Bogen der zu behandelnden Materien soll dabei möglichst weit gespannt werden. Wenn dabei auch weniger bekannte Fragen des besonderen Verwaltungsrechts zur Sprache kommen, dienen sie doch der Untersuchung, ob sich bei ihnen hinsichtlich der Auswirkungen verfassungswidriger Normen eine Art Sonderrecht gebildet hat und ob die üblichen Kategorien des Staats- und Verwaltungsrechts darauf noch Anwendung finden können oder müssen¹⁾. Diese Bestandsaufnahme des Streitstands wird dann ergeben, ob und inwieweit die Folgen verfassungswidriger Gesetze auf staatliche Hoheitsakte nach § 79 BVerfGG oder nach anderen Vorschriften oder Masstäben beurteilt worden sind.

Im dritten Teil soll dann versucht werden, einige Schlussfolgerungen hinsichtlich der bisherigen Anwendung des § 79 BVerfGG im öffentlichen Recht zu ziehen und zu der Frage seiner eventuellen Reformbedürftigkeit Stellung zu nehmen. Schliesslich werden noch einige Möglichkeiten angedeutet, durch die sich u.U. eine sachgerechtere und praktikablere Beurteilung der Folgen verfassungswidriger Gesetze erreichen liesse.

1) hierzu näher Patzig 389 ff.

Erster Teil: Allgemeiner Überblick über die Folgen verfassungswidriger Gesetze

Erster Abschnitt: Der Umfang der Bundesverfassungsgerichtsbarkeit

Die Frage der Verfassungsmässigkeit kann allgemein bei allen staatlichen Normen auftauchen, unabhängig davon, ob sie von der Legislative oder der Exekutive ausgehen; sowohl förmliche Gesetze, als auch Verordnungen oder Satzungen können verfassungswidrig sein. Bei der Überlegung, wie sich die Verfassungsmässigkeit einer Norm im einzelnen auswirkt, braucht deshalb zunächst zwischen formellem und materiellem Recht, insbesondere zwischen förmlichen Gesetzen und Verordnungen¹⁾, kein Unterschied gemacht zu werden. Für die Einbeziehung von Verordnungsrecht in eine Untersuchung der Folgen verfassungswidriger Gesetze spricht auch, dass die Frage von Verfassungsverstössen und ihrer Auswirkungen gerade bei im Range unter förmlichen Gesetzen stehendem Recht besonders aktuell werden kann; förmliche Gesetze durchlaufen bis zu ihrem Inkrafttreten ein kompliziertes parlamentarisch-technisches Verfahren²⁾, während die von der Exekutive erlassenen Verordnungen sich auf eine notwendigerweise allgemein gehaltene Ermächtigung stützen³⁾, deren Tatbestand sie dann mehr oder weniger selbständig konkretisieren.

Auf der anderen Seite ist in unserem System der Verfassungsgerichtsbarkeit die Entscheidung über die Verfassungswidrigkeit eines "Gesetzes" nur einer Instanz, dem BVerfG, vorbehalten, dessen Spruch Gesetzeskraft hat und für alle Staatsorgane des Bundes und der Länder verbindlich ist⁴⁾.

1) Die Frage verfassungswidriger Satzungen soll hier ausser Betracht bleiben

2) Art. 76, 77(82) GG

3) Art. 80 I GG

4) § 31 BVerfGG

Wenn nun einerseits die Frage der Verfassungswidrigkeit sämtliche Rechtsnormen berührt, andererseits ausschliesslich das BVerfG zur Entscheidung über die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen berufen ist, ergibt sich zwangsläufig die Frage, wie der Begriff "Gesetz" hier zu verstehen sei, d.h. ob das BVerfG im Normenkontrollverfahren auch Rechtsverordnungen seiner Prüfung unterziehen kann. Bejaht man die Frage, wäre die Einheitlichkeit der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung sowohl bei formellen als auch bei materiellen Gesetzen gewahrt; verneint man sie, würde jedes einzelne Gericht selbständig über die Gültigkeit von Verordnungen entscheiden; dadurch wäre die Gefahr nicht zu vermeiden, dass dieselbe Verordnung einmal für gültig, das andere Mal für ungültig gehalten wird. Die Zuständigkeit des BVerfG für "Gesetze" ist deshalb anhand der einschlägigen Art. 93 I Nr.2, 100 I GG zu untersuchen.

I) Die abstrakte Normenkontrolle (Art.93 I Nr.2 GG)

1) Wortlaut

Art. 93 I Nr.2 GG lautet:

"Das BVerfG entscheidet:

...

2. bei Meinungsverschiedenheiten oder Zweifeln über die förmliche und sachliche Vereinbarkeit von Bundesrecht oder Landesrecht mit diesem Grundgesetze oder die Vereinbarkeit von Landesrecht mit sonstigem Bundesrecht auf Antrag der Bundesregierung, einer Landesregierung oder eines Drittels der Mitglieder des Bundestages;"

2) Interpretation

Schon daraus, dass Art. 93 I Nr. 2 den Begriff "Recht" verwendet, ist zu schliessen, dass hierunter sowohl formelle als auch materielle Gesetze¹⁾ verstanden werden sollten:

- 1) bei der Verwendung der Begriffe "formell" und "materiell" soll im folgenden lediglich auf den Urheber des betreffenden "Gesetzes" abgestellt werden; weitere Definitions- und Abgrenzungsfragen bleiben ausser Betracht.

auch an anderer Stelle des GG wird "Recht" in diesem umfassenden Sinn gebraucht (Art.123 ff., 93 I Nr.3 GG). Das Schrifttum¹⁾ ist deshalb in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BVerfG²⁾ der einhelligen Auffassung, dass im Wege der abstrakten Normenkontrolle jede Rechtsnorm auf ihre Verfassungsmässigkeit überprüft werden kann, d.h. Bundesgesetze und Bundesverordnungen, Landesgesetze und Landesverordnungen auf ihre Vereinbarkeit mit dem GG, die beiden letzteren ausserdem auf ihre Vereinbarkeit mit "sonstigem Bundesrecht". Da es Sinn und Zweck der Vorschrift ist, die Konformität zwischen GG, Bundesrecht und Landesrecht zu wahren bzw. herzustellen, müssen darüber hinaus auch Bundesverordnungen auf ihre Vereinbarkeit mit förmlichen Bundesgesetzen überprüft werden können; darauf deutet schon § 76 BVerfGG hin³⁾. Denn es wäre schlecht einzusehen, warum Landesrecht jeden Ranges am Masstab von Bundesgesetzen geprüft werden sollte, nicht aber die weit wichtigeren Bundesverordnungen. Hiergegen sind nur vereinzelt⁴⁾ Einwände erhoben worden.

1) Geiger, BVerfGG, S.254, Bonner Komm. Art.93,II,2 f, Arndt DVBl.52/4, Schäfer JZ 51/199, Paeschke S.41

2) z.B. Bd. 1/188 ff., 2/307, 8/51,

3) danach ist der Antrag gem. Art.93 I Nr.2 GG nur zulässig, wenn einer der Antragsberechtigten Bundes-oder Landesrecht wegen seiner förmlichen oder sachlichen Unvereinbarkeit mit dem GG oder dem sonstigen Bundesrecht für nichtig (Nr.1) hält oder für gültig (Nr.2) hält, nachdem ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde die Anwendung abgelehnt hat;

4) Obermeier (45) meint, die Prüfung von Bundesverordnungen sei in Art.93 I Nr.2 GG nicht vorgesehen; § 76 BVerfGG enthalte deshalb eine redaktionelle Unrichtigkeit; auch Schäfer (a.a.O.201) bezweifelt, ob die "Erweiterung" der Kompetenz des BVerfGG durch § 76 BVerfGG vom Gesetzgeber "gewollt" sei; Paeschke (45) ist der Ansicht, § 76 BVerfGG stelle eine zusätzliche Kompetenznorm i.S. des Art.93 II dar. Dieses starre Festhalten am Wortlaut führt jedoch zu keiner befriedigenden Lösung. Beide Vorschriften müssen im Zusammenhang gesehen werden; § 76 BVerfGG bestätigt gerade, dass das BVerfG auch für Bundes VO zuständig ist.

Weiter wäre noch zu klären, ob die abstrakte Normenkontrolle auch auf vorkonstitutionelles Recht angewendet werden kann. Auch dies ist vom BVerfG mehrfach bejaht worden¹⁾. Dabei ist jedoch folgendes zu beachten: selbstverständliche Voraussetzung ist, dass das vorkonstitutionelle Recht auch nach Inkrafttreten des GG weitergilt; ob dies nach Art.123 GG der Fall ist, wird von Gerichten und Behörden selbständig geprüft. Halten die Bundesregierung oder eine Landesregierung die vorkonstitutionellen Bestimmungen (inhaltlich) unvereinbar mit dem GG, können sie gem. § 76 Nr.1 BVerfGG den Antrag auf abstrakte Normenkontrolle stellen; hat dagegen ein Gericht oder eine Behörde die Bestimmungen für verfassungswidrig gehalten und deshalb nicht angewendet, so kann die abstrakte Normenkontrolle nur dann beantragt werden, wenn die Antragsberechtigten entgegengesetzter Ansicht sind, die Bestimmungen also für gültig halten. Vor einem Antrag muss ausserdem geklärt sein, ob das vorkonstitutionelle Gesetz, die vorkonstitutionelle Verordnung, Bundesrecht oder Landesrecht geworden sind (Art.124 ff. GG). Bei Unklarheiten über die Fortgeltung als Bundesrecht muss gem. Art. 126 GG ebenfalls das BVerfG angerufen werden. Eine abstrakte Normenkontrolle bei vorkonstitutionellem Recht ist deshalb erst dann möglich, wenn zuvor gem. Art. 123 ff. GG i.V.m. § 76 BVerfGG entschieden worden ist, dass es - entweder als Bundes- oder als Landesrecht - auch nach dem Inkrafttreten des GG weiterhin als gültig anerkannt werden muss.

1) z.B. Bd. 2/124 ff., 131, im Ergebnis auch Bd. 9/83 ff.

II) Die konkrete Normenkontrolle (Art.100 I GG)

1) Wortlaut und Entstehungsgeschichte

Art.100 I GG lautet:

"Hält ein Gericht ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig, so ist das Verfahren auszusetzen, und, wenn es sich um die Verletzung der Verfassung eines Landes handelt, die Entscheidung des für Verfassungsstreitigkeiten zuständigen Gerichtes des Landes, wenn es sich um die Verletzung dieses Grundgesetzes handelt, die Entscheidung des BVerfG einzuholen. Das gleiche gilt, wenn sich um die Verletzung dieses Grundgesetzes durch Landesrecht, oderum die Unvereinbarkeit eines Landesgesetzes mit einem Bundesgesetz handelt."¹⁾

Im Gegensatz zu Art.93 I Nr.2 GG, der nur den Begriff "Recht" verwendet, ist es bei Art.100 I GG keineswegs von vornherein klar, in welchem Sinn "Gesetz" zu verstehen ist; entweder handelt es sich bei "Gesetz" und "Recht" um Synonyme, die sämtliche Rechtsnormen umfassen, oder aber es wird der Begriff "Gesetz" hier nur im formellen Sinne, als die dem Begriff "Recht" gegenüber engere Kategorie von Normen gebraucht. Im ersten Fall wären auch Verordnungen auf ihre Verfassungsmässigkeit verfassungsgerichtlich nachprüfbar; dann wäre aber der erste Teil des zweiten Satzes überflüssig, da die Überprüfung von Landesrecht bereits unter Satz 1 fiele. Versteht man dagegen unter "Gesetzen" nur förmliche Gesetze, so könnten zwar Landesgesetze und Landesverordnungen (Satz 2), nicht aber die wichtigeren Bundesverordnungen vom BVerfG überprüft werden.

Auch die Bestimmungen des BVerfGG ergeben keine Anhaltspunkte. § 13 Nr.11 BVerfGG nimmt zwar auf Art.100 I GG Bezug, weicht jedoch etwas von dessen Formulierung

1) Hervorhebung im Druck durch d.Verf.

ab¹⁾; über eine Nachprüfbarkeit von Bundesverordnungen ist nichts ausgesagt. Im übrigen will § 13 Nr.11 BVerfGG nichts weiter als eine technische Aufzählung der im GG niedergelegten Kompetenzen des BVerfGG sein, die diese in keiner Weise inhaltlich im Sinne einer Kompetenzerweiterung beeinflusst²⁾.

Auch die Entstehungsgeschichte des Art.100 GG ergibt keine Hinweise. In der Begründung zu Art.137 des Herrenchiemseer Entwurfs, aus dem Art.100 I GG hervorgegangen ist, war ausgeführt, dass auch materielle Gesetze einer Normenkontrolle zugänglich sein sollten³⁾. Allerdings waren damals abstrakte und konkrete Normenkontrolle noch nicht getrennt. Der Wortlaut des Art.137 stimmte mit der jetzigen Formulierung des Art.93 I Nr.2 GG überein. In der 37. Sitzung des Hauptausschusses (des Parlamentarischen Rates) wurde dann zwischen abstrakter und konkreter Normenkontrolle unterschieden. Jedenfalls ist aber aus den Materialien nicht ersichtlich, ob der Wortlaut des Art.100 I GG ein Redaktionsversehen enthält, indem man nicht scharf genug zwischen den Begriffen "Gesetz" und "Recht" trennte, oder ob ihm ein anderer Sinn als ursprünglich in Art.137 vorgesehen gegeben werden sollte.

2) Interpretation

Dementsprechend wird der Gesetzesbegriff des Art.100 I von Schrifttum und Rechtsprechung nicht einheitlich beurteilt.

a) Die Ansichten des Schrifttums

sind geteilt. Eine ältere Auffassung befürwortet die Anwendung des materiellen Gesetzesbegriffs (aa), während die

- 1) Danach entscheidet das BVerfG über die Vereinbarkeit eines Bundes- oder Landesgesetzes mit dem GG und über die Vereinbarkeit eines Landesgesetzes oder sonstigen Landesrechts mit einem Bundesgesetz.
- 2) Reg.Entw.Drucks.Nr.788,26; BVerfG 1/184 ff. 191
- 3) Sten. Berichte, 37, Sitzung, 462

neuere Ansicht - insoweit in Ubereinstimmung mit dem BVerfG - die konkrete Normenkontrolle auf formelle Gesetze beschränkt wissen will (bb).

zu aa) Die Vertreter der "materiellrechtlichen Theorie"¹⁾ stellen zunächst einmal klar, dass es bei der konkreten Normenkontrolle nur um die Prüfung der Verfassungsmässigkeit von Verordnungen geht, während für die Entscheidung über ihre Gesetzmässigkeit, d.h. ihre Ermächtigung, nach wie vor die Gerichte aufgrund des allgemeinen richterlichen Prüfungsrechts zuständig sind. Die verfassungsgerichtliche Prüfung von Landesverordnungen begegnet dabei keinerlei Schwierigkeiten: unter "Landesrecht" i.S. des Art.100 I S.2 ist ohnehin jede landesrechtliche Norm zu verstehen²⁾. Auch "Gesetz" in Art.100 I S.1 soll gleichbedeutend mit "Recht" sein, also sowohl förmliche Gesetze als auch Verordnungen umfassen, um damit eine Überprüfung auch von Bundesverordnungen durch das BVerfG zu ermöglichen. Diese Auslegung des Art.100 I S.1 wird insbesondere damit gerechtfertigt, dass es widersinnig sei, Landesverordnungen der Überprüfung durch das BVerfG zuzuweisen, für die weit wichtigeren Bundesverordnungen jedoch die Gerichte für zuständig zu erklären. Gegenüber den Einwänden, das BVerfG werde allzusehr überlastet, wenn es nun auch noch über Bundesverordnungen zu entscheiden habe, weisen verschiedene Autoren mit einleuchtender Begründung darauf hin, eine Überlastung sei nicht zu befürchten, weil jede Verordnung schon incidenter von den Gerichten auf ihre Gesetzmässigkeit, d.h. auf die zugrunde liegende Ermächtigung überprüft werde; erst wenn die Ermächtigung selbst oder die Verordnung

1) z.B. Geiger, BVerfGG, 254, Schäfer a.a.O., Kleinrahm 299, Ipsen DV 49/486, ders. in Beiträge zum Öff.Recht 791 ff.

2) Geiger, a.a.O.

aus ausserhalb der Ermächtigung liegenden Gründen¹⁾ für verfassungswidrig gehalten werde, könne das BVerfG angerufen werden. Durch diese Einschränkung bleiben auch für die materiellrechtliche Theorie nur wenige Fälle übrig, in denen die Frage der Verfassungsmässigkeit von Verordnungen Anlass zu einer konkreten Normenkontrolle geben könnte²⁾: so z.B. bei den sog. verfassungsunmittelbaren Verordnungen gem. Art. 119, 132 IV GG, zu deren Erlass die Verfassung selbst ermächtigt und bei denen eine Überschreitung der Ermächtigung dann ausnahmsweise keine Frage der Gesetzmässigkeit, sondern der Verfassungsmässigkeit der -Verordnung ist; weiter bei den Verordnungen aufgrund von Ermächtigungen zur Änderung oder Ergänzung oder zum Erlass von gesetzesvertretenden Vorschriften, wie sie besonders in der nationalsozialistischen Zeit üblich waren. Bei derartig ausgeweiteten Ermächtigungen ist es denkbar, dass eine Verordnung einen Verfassungsverstoss enthält, ohne zugleich gegen die Ermächtigung zu verstossen. Allerdings sind diese Ermächtigungen, soweit sie aus der Zeit vor dem Zusammentritt des Bundestags stammen, gem. Art. 129 III GG automatisch erloschen; Art. 129 III GG dürfte sie auch für die Zukunft ausschliessen³⁾. Auf ihrer Grundlage ergangene, gem. Art. 123 ff. GG weitergeltende Verordnungen wären damit einer konkreten Normenkontrolle zugänglich.

Zusammenfassend lässt sich sagen: die materiellrechtliche Theorie versteht beide Begriffe des Art. 100 I GG - "Gesetz" in Satz 1 und "Recht" in Satz 2 - in gleichem Sinne; beide umfassen sowohl formelle als auch materielle Gesetze. Die

1) z.B. eine VO, die auf einer sehr ausgeweiteten und unbestimmten Ermächtigung beruht oder an formellen Mängeln leidet

2) nach Kleinrahm a.a.O.

3) wegen Art. 80 I GG, vgl. Maunz-Dürig Art. 80 Erl. 10, BVerfG 2/307, Ipsen, DVBl. 50/389

Überprüfbarkeit von Verordnungsrecht¹⁾ fällt damit unter Art.100 I S.1; Satz 2 bedeutet demgegenüber dann nur eine Wiederholung bzw. Klarstellung, dass auch Landesrecht jeden Ranges der Kompetenz des BVerfG unterliegt. Dabei geht es immer nur um die Frage der Verfassungsmässigkeit von Verordnungen; die Prüfung der Gesetzmässigkeit verbleibt nach wie vor den Gerichten. Eine Ausnahme von dem materiellen Gesetzesbegriff soll nur für Art.100 I S.2, zweite Hälfte gelten: hier sollen nur förmliche "Landesgesetze" auf ihre Vereinbarkeit mit Bundesrecht geprüft werden können; eine Ausdehnung der Kompetenz auf das gesamte materielle Landesrecht ist nach dieser Theorie nicht erforderlich.

zu bb) Die Gegenansicht³⁾, die als formellrechtliche Theorie bezeichnet werden kann, lehnt dagegen jede Überprüfung von Rechtsverordnungen durch das BVerfG ab. Ihre Auseinandersetzung mit der älteren Auffassung geht jedoch, soweit nicht lediglich auf die Rechtsprechung des BVerfG verwiesen wird, in vielen Punkten an deren Einwänden vorbei. Teils wird offenbar übersehen, dass die Kompetenz des BVerfG nur hinsichtlich der Überprüfung der Verfassungsmässigkeit von Verordnungen streitig ist, das richterliche Prüfungsrecht für die Gesetzmässigkeit von Verordnungen dadurch also in keiner Weise berührt wird⁴⁾, so dass auch der Einwand einer Überlastung des BVerfG nicht stichhaltig ist; teils wird der Gesetzesbegriff ebenso wie bei den Autoren der materiellrechtlichen Theorie uneinheitlich verwendet, nur diesmal im umgekehrten Sinne: Eine Normenkon-

1) Schäfer NJW 54/1 ff., 3 ff. will unter VO allerdings nur verfassungsunmittelbare VO rechnen. Zu Fragen der verfassungsunmittelbaren VO und ihrer gerichtlichen Überprüfbarkeit vgl. weiter Tasche 408, Jacobi 248 ff.

2) a.A. Paeschke 65

3) Hamann, GG, Art.100, A, C 1 und 2, Bonner Komm. Art.100, II A 2, Friesenhahn 52, Arndt, DVBl.52/ 1 ff. 4, Müller 89 ff., Windisch 77 ff. Verfassungsunmittelbare VO werden jedoch z.T. (Paeschke 64, Bonner Komm. a.a.O.) in den Kreis der formellen Gesetze miteinbezogen.

4) vgl. Bachof, Recht und Staat, 49 ff.

trolle gem. Art.100 I S.1 wird nur bei förmlichen Gesetzen für zulässig erklärt; die Überprüfung von Verordnungen, und damit eine Kontrolle der Exekutive sei bereits durch die abstrakte Normenkontrolle und die Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz (im materiellen Sinne) gem. § 95 III BVerfGG¹⁾ gewährleistet²⁾. Auch "Landesrecht" in Art.100 I Satz 2 wird dementsprechend nur im formellen Sinne verstanden, ebenso der Begriff "Landesgesetz" im zweiten Teil von Satz 2.

Für den Begriff "Bundesgesetz" in diesem Passus soll nun aber ohne nähere Begründung³⁾ der materielle Gesetzesbegriff gelten. Als Prüfungsmaßstab für formelle Landesgesetze kann damit Bundesrecht jeden Ranges herangezogen werden. Dadurch, dass beide Auffassungen für den letzten Teil des Art.100 I GG von ihrem ursprünglichen Gesetzesbegriff abgehen halten sie übereinstimmend die Überprüfung formellen Landesrechts auf seine Vereinbarkeit mit Bundesverordnungen für zulässig: die materiellrechtliche Theorie, indem sie den Begriff "Landesgesetz" auf förmliche Gesetze beschränkt, die formellrechtliche Theorie, indem sie "Bundesgesetz" auf materielles Bundesrecht erweitert.

b) Die Ansicht des BVerfG

Das Für und Wider einer Einbeziehung auch von Verwaltungsrecht in Art.100 I GG ist deshalb von so grossem Interesse, weil daran die gesamte Struktur und die Unterschiede zwischen abstrakter und konkreter Normenkontrolle deutlich werden. Die Auseinandersetzungen in der Literatur standen im Schatten der Rechtsprechung des BVerfG, das ganz eindeutig und wiederholt jede Überprüfung von Rechtsverordnungen im Wege der konkreten Normenkontrolle abgelehnt hat⁴⁾. Auch hier ist die Frage, in welchen Fällen die Nachprüfung der Verfassungsmässigkeit von Verordnungen überhaupt in

1) vgl. BVerfG 3/171, 299

2) vgl. Windisch a.a.O.

3) z.B. Müller a.a.O.

4) vgl. die grundlegende Entscheidung Bd.1/184 ff.

Betracht kommt¹⁾, nicht zur Sprache gekommen; vielmehr hat das BVerfG seine Ansicht aus der unterschiedlichen Funktion von abstrakter und konkreter Normenkontrolle und aus der Gegenüberstellung Verfassungsgerichtsbarkeit-richterliches Prüfungsrecht entwickelt; es hat dabei etwa folgendes ausgeführt²⁾:

Bei der abstrakten Normenkontrolle sei das BVerfG als "Hüter der Verfassung" tätig. Es habe darüber zu wachen, dass die Verfassung weder durch Recht des Bundes noch der Länder verletzt werde; ausserdem habe es die Gefahr zu vermeiden, dass Landesrecht das sonstige Bundesrecht beeinträchtigt³⁾. Eine abstrakte Normenkontrolle könne zwar nur auf Antrag der politischen Spitzenorgane (Bundesregierung, eine Landesregierung oder ein Drittel der Mitglieder des Bundestages) durchgeführt werden, jedoch biete diese Regelung eine hinreichende Gewähr dafür, dass alle Rechtsverordnungen von besonderer Bedeutung an das BVerfG kommen würden.

Bei der konkreten Normenkontrolle trete dagegen die Rolle des BVerfG als "Hüter der Verfassung" zurück⁴⁾. Seine Aufgabe sei es hier lediglich, zu vermeiden, dass sich ein Gericht im Einzelfall über den Willen des Gesetzgebers hinwegsetze. Die Funktion des Art. 100 I GG bestehe somit in einem Schutz der Legislative vor den Gerichten, die zwar die Verfassungsmässigkeit von Gesetzen incidenter prüfen, letztlich aber nicht darüber entscheiden könnten⁵⁾. Über Verordnungen der Exekutive sollten dagegen die Gerichte, wie auch schon in früherer Zeit, selbständig befinden können⁶⁾. Nach der Bedeutung der gesamten Normenkontrolle be-

1) z.B. bei Steuerverordnungen

2) BVerfG a.a.O. (195 ff.),

3) deshalb wird Landesrecht nicht nur im Hinblick auf die geltend gemachte Verletzung von Bundesrecht, sondern umfassend geprüft, vgl. BVerfG 1/19 ff. (Leitsatz 33)

4) a.a.O. S. 197

5) BVerfG 1/184 ff. 197; das BundesVerfG prüft bei Art. 100 I GG das Gesetz deshalb unter jedem rechtlichen Gesichtspunkt ohne Beschränkung auf die von dem vorlegenden Gericht geltend gemachten Gesichtspunkte, vgl. BVerfG 2/191; 271, 3/187 ff. 196

6) BVerfG 1/184 ff. 198

stehe kein Bedürfnis, auch noch Verordnungen dem BVerfG zur Überprüfung zuzuweisen.

Dadurch sei zwar die Gefahr der Rechtsunsicherheit und Zersplitterung nicht ausgeschlossen; jedoch biete die abstrakte Normenkontrolle genügend Gewähr für eine ausreichende Kontrolle der Exekutive. Daraus, dass nur die Exekutivspitze eines Landes, nicht aber auch das Landesparlament antragsberechtigt sei, werde auch deutlich, dass die Gefahr einer Beeinträchtigung der Legislative nur bei formellen Gesetzen gegeben sei und deshalb nur in dieser Hinsicht ein Entscheidungsmonopol des BVerfG fordere. In allen anderen Fällen könne es den einzelnen Spitzen der Verwaltung überlassen bleiben, Rechtsverordnungen gem. Art. 93 I Nr. 2 GG überprüfen zu lassen, falls Zweifel an deren Verfassungsmässigkeit bestünden.

Die konkrete Normenkontrolle müsse deshalb auf formelle Gesetze beschränkt bleiben. Dies gelte sowohl für den Begriff "Gesetz" in Art. 100 I S. 1¹⁾ als auch für den Begriff "Landesrecht" in Art. 100 I S. 2, der lediglich zur Unterscheidung von Bundesrecht verwendet werde (erster Halbsatz). Im zweiten Teil des Satzes 2 wird aber die Wendung zum materiellen Gesetzesbegriff zunächst einmal angedeutet²⁾, und später noch einmal ausdrücklich bestätigt³⁾: Sinn des Art. 100 I GG sei die Überprüfung der Gesetzgebung, insbesondere der der Länder; deshalb könnten förmliche Landesgesetze auf ihre Vereinbarkeit mit Bundesrecht "gleich welchen Ranges" durch das BVerfG nachgeprüft werden. Der Wortlaut des Satzes 2, zweite Hälfte, -"Bundesgesetz"- falle dagegen nicht ins Gewicht.

1) BVerfG 1/262, 4/188

2) Bd. 1/184 ff.; 202 ff., 206

3) Bd. 1/283 ff. 292

c) Stellungnahme

Bei einer Untersuchung der Auffassung des BVerfG bedarf zunächst einmal die Feststellung, für eine Einbeziehung von Verordnungen in Art.100 I GG bestehe kein Bedürfnis, einer näheren Prüfung.

Lässt man einmal die abstrakte Normenkontrolle, die nur auf Antrag erfolgen kann und auf die noch einzugehen ist, beiseite, so könnte man dem BVerfG zustimmen, wenn es andere Möglichkeiten einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung von Verordnungen auf Vorlage eines Gerichtes oder auf Antrag des einzelnen gibt, die eine konkrete Normenkontrolle nach Art.100 I GG entbehrlich machen. Der in Frage kommende § 47 VGO¹⁾ und die verschiedenartigen Regelungen in den Länderverfassungen²⁾ beziehen sich jedoch nur auf Normen des Landesrechts und können hier nicht herangezogen werden.

Damit würde die Überprüfung des materiellen Bundesrechts nach wie vor den einzelnen Gerichten überlassen sein. Dass damit eine Verordnung von Fall zu Fall das eine Mal als gültig, das andere Mal als ungültig angesehen werden kann, bedarf keiner näheren Darlegung. Die Gefahr der Rechtsunsicherheit und einer uneinheitlichen Rechtsprechung wird auch vom BVerfG nicht übersehen, jedoch mit dem Hinweis auf Art.93 I Nr.2 GG für gebannt gehalten. Bietet aber die abstrakte Normenkontrolle wirklich genügend Gewähr für eine verfassungsgerichtliche Überprüfung von Verordnungen?

- 1) danach kann die Landesgesetzgebung die Nachprüfung und Ausserkraftsetzung von unter formellem Landesrecht stehenden Rechtsnormen durch das OVG regeln, soweit nicht schon gesetzlich vorgesehen ist, dass die Zuständigkeit des Landesverfassungsgerichts gegeben ist (vgl.Eyermann-Fröhler, § 47,II 2 b, Köhler, § 47, IV, VI, 5 mit weiteren Nachweisen)
- 2) in Bremen (Art.142 der Verf.),Hamburg (Art.46 II,65 II Nr.4 der Verf.), Hessen (Art.133 der Verf.), Bayern (Art. 92 der Verf.) können auch VO vom Landesverfassungsgericht überprüft werden (vgl.BayVerfGH VerwRspr.4/14 ff., 18, 9/131, ff., 139, i.V.m. BVerfG 1/184 ff.,202, Friesenhahn S.29 ff., Bettermann AÖR,163). In diesen Ländern werden also bereits LandesVO verfassungsgerichtlich überprüft, während BundesVO unter die Zuständigkeit der einzelnen Gerichte fallen.

Das BVerfG stellt vor allem darauf ab, dass durch Art.93 I Nr.2 GG eine wirksame Kontrolle der Exekutive gewährleistet sei. Nun aber sind nur die Exekutivspitzen - neben dem Bundestag - berechtigt, den Antrag auf abstrakte Normenkontrolle zu stellen. Schon von daher ist es fraglich, ob, wie das BVerfG meint, wirklich alle Rechtsverordnungen von Bedeutung an das BVerfG kommen. Immerhin ist nicht auszuschliessen, dass die Stellung eines Antrags von politischen Erwägungen oder Gesichtspunkten der Zweckmässigkeit bestimmt bzw. unterlassen wird. Hinzukommt, dass die Antragsberechtigten zugleich diejenigen sind, die Rechtsverordnungen erlassen und durch die Verwaltung ausführen lassen. Damit wird deutlich, dass die Verwaltung naturgemäss Interesse an einer möglichst umfassenden und vollständigen Durchführung und Aufrechterhaltung dieser Bestimmungen hat. Gleichzeitig sollen aber deren Urheber, d.h. die Spitzenorgane der Verwaltung, Bedenken über die Verfassungsmässigkeit dem BVerfG vorlegen, mit der Folge, dass die Verordnung u.U. für nichtig erklärt wird. Dieser Konflikt der Exekutive zwischen einer optimalen Durchführung und einem eventuellen Wegfall der Verordnung lässt durchaus auch Fälle zu, in denen trotz Zweifeln an der Verfassungsmässigkeit¹⁾ kein Antrag auf abstrakte Normenkontrolle gestellt wird, und man es vorzieht, die Verordnung auch weiterhin als gültig anzuwenden. Es ist zwar anerkannt, dass aus Art.93 I Nr.2 GG eine Rechtspflicht zur Stellung des Antrags bei Zweifeln an der Verfassungsmässigkeit einer Vorschrift folgt; die Exekutivspitzen können jedoch nicht dazu gezwungen werden²⁾.

Tatsächlich ist auch von dem Antragsrecht nach Art.93 I Nr.2 GG nur in sehr geringem Masse Gebrauch gemacht worden: das BVerfG hat bisher nur in fünf Fällen³⁾ über Verordnungen im Wege der abstrakten Normenkontrolle entschieden.

- 1) zur Prüfungspflicht der Verwaltung vgl. Hoffmann JZ 61/193ff. zur Aussetzungspflicht (insbes. im Steuerrecht) (§ 251 AO) Hamann, NJW 59/1465
- 2) die beamtenrechtliche Pflicht gem. § 56 BBG, Bedenken gegen die Verfassungsmässigkeit einer Vorschrift geltend zu machen, gilt nur für weisungsgebundene Beamte
- 3) Bd.1/86, 2/307, 8/51, 8/71, 12/341

Abgesehen davon, dass damit die Ansicht, Art.93 I Nr.2 GG ermögliche eine ausreichende und wirksame Kontrolle aller Rechtsverordnungen "von Bedeutung" durch die Praxis widerlegt wird, erscheint es noch aus anderen Gründen geboten, die Überprüfung von Verordnungen bei einer Instanz zu zentralisieren.

Zunächst das Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Rechtseinheit¹⁾, das unter den heutigen Verhältnissen der Massengesetzgebung gerade im Hinblick auf Verordnungen besonders gross erscheint. Wenn jedes einzelne Gericht selbständig über die Gültigkeit von Verordnungsrecht entscheidet, besteht die Gefahr, dass ein oder mehrere Gerichte eine Verordnung für gültig, andere sie für ungültig halten und so in gleichen Fällen zu entgegengesetzten Ergebnissen kommen. Ein Entscheidungsmonopol des BVerfG würde dagegen die Frage nach der Gültigkeit der betreffenden Verordnung ein für allemal verbindlich (§ 31 BVerfGG) klären. Ausserdem ist wegen der heutigen Flut von Verordnungsrecht auf allen Lebensgebieten eine besonders sorgfältige und umfassende Kontrolle der Exekutive geboten; Rechtssicherheit und Einheitlichkeit der Rechtsprechung müssen bei allen Normen des Bundesrechts, gerade auch bei Bundesverordnungen, gewahrt sein. Ob das traditionelle richterliche Prüfungsrecht unter den gegenwärtigen Verhältnissen diesen Anforderungen noch genügen kann, erscheint zumindest zweifelhaft. Muss man deshalb nicht überlegen, ob den Gerichten die Entscheidung über die Gültigkeit materieller Vorschriften abgenommen werden soll? Dies empfiehlt sich auch deswegen, weil sich das Verhältnis zwischen der Funktion der Legislative und der Exekutive gegenüber der früheren Zeit entscheidend geändert hat.

Im konstitutionellen Staat des 19. Jahrhunderts standen sich Regierung und Parlament noch in schroffer Trennung gegenüber. Durch die Einführung des modernen Parlamentarismus

1) Bettermann, AöR 163

und die damit verbundene Sanktionierung der politischen Parteien ist jedoch die exakte Grenzziehung zwischen den einzelnen Gewalten aufgelöst¹⁾. Im modernen demokratischen Staat sind Regierungskoalitionen mit der entsprechenden Mehrheit im Parlament und parlamentarische Opposition die Gegenspieler. Es gibt vielfache Überschneidungen und Vermengungen zwischen Exekutive und Legislative²⁾; oft sind Parlaments- und Regierungsmitglieder identisch. Häufig ist es nur eine taktische Frage, ob die Regierung verwaltungsmässig im Wege von Verordnungen oder das Parlament durch den Erlass von förmlichen Gesetzen tätig werden soll³⁾; der Grundsatz, dass wichtige Fragen durch Gesetz, sekundäre Fragen durch Verordnungen zu regeln sind, gilt deshalb nicht mehr uneingeschränkt; auf zahlreichen Gebieten, insbesondere auf denen, wo die wirtschaftliche und soziale Entwicklung ständig im Fluss ist, sind anstelle des lang-samen Gesetzgebungsverfahrens die rascher zu bewerkstelligenden und leichter abänderbaren Verordnungen getreten. Das klassische Prinzip der Gewaltenteilung, das noch Regierung und Parlament als streng voneinander getrennte Grössen ansah, hat sich damit mehr zugunsten einer Gliederung zwischen Parlamentsmehrheit und Regierung einerseits, parlamentarischer Opposition andererseits verschoben; man mag mit Löwenstein⁴⁾ das überkommene Gewaltenteilungsschema als "wirklichkeitsfremd" oder mit Maunz-Dürig⁵⁾ als etwas bezeichnen, womit man auch unter den heutigen Verhältnissen "fertig werden müsse", weil es immer noch einer der massgebenden Grundsätze unseres Verfassungsrechts sei: sicher ist jedenfalls, dass ihm nicht mehr die überragende Bedeutung zukommen kann, die es noch im konstitutionellen Staat hatte.

Soweit es sich um das Verhältnis Gesetz-Verordnung handelt, bedarf deshalb die strenge Grenzziehung zwischen der Tätig-

1) Maunz-Dürig, Art. 20, Erl. 110

2) Maunz-Dürig, a.a.O., Erl. 79

3) Maunz-Dürig, a.a.O., Erl. 110

4) a.a.O., Löwenstein, S. 31 ff.

5) a.a.O., Erl. 79

keit der Legislative und der der Exekutive ebenfalls genauer Überprüfung. Der Machtzuwachs der Exekutive, den die Verzahnung von Regierung und Parlamentsmehrheit durch die Umwälzungen der vergangenen Jahrzehnte mit sich brachte, hat jene längst aus der traditionellen, lediglich der Gesetzesausführung dienenden Position hinausgehoben; die Gesetzesinitiative ist zu einem grossen Teil auf sie übergegangen. Ganz offenkundig zeigt sich aber die veränderte Stellung der Exekutive in der Tatsache, dass sich das Parlament mehr und mehr damit begnügen muss, für die wachsende Anzahl wirtschaftlich-technischer Materien¹⁾ Ermächtigungen zu schaffen, und deren eigentliche Ausgestaltung der Verwaltung zu überlassen. Diese übt dabei, indem sie die notwendigerweise allgemein gehaltenen Ermächtigungen durch den Erlass von Verordnungen konkretisiert, ebenfalls legislative Funktionen aus.

Von daher muss die Einbeziehung von Verordnungen in die konkrete Normenkontrolle umso gebotener erscheinen. Wenn das BVerfG den Sinn des Art. 100 I GG in einem Schutz der Legislative vor den Gerichten sieht²⁾, so wird es letztlich auch hier als "Hüter der Verfassung" tätig, indem es verhindert, dass die Auffassung eines Gerichts, was noch mit der Verfassung vereinbar sei und was nicht, ohne weiteres für die Gültigkeit eines Gesetzes im Einzelfall massgebend ist. Konsequenter müssten diesen Schutz des BVerfG alle materiellen Legislativakte geniessen. Es wäre nur schwer einzusehen, warum eine Norm bei der Frage ihrer Verfassungsmässigkeit aus formellen Gründen, nur weil sie von einer anderen Stelle als dem Parlament erlassen wurde, eine andere Behandlung erfahren sollte als eine Norm, die vor ihrem Erlass ein längeres förmliches Verfahren durchlaufen hat. Im Gegenteil: sie bedürfte deshalb umso mehr der Möglichkeit einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung.

1) z.B. im Wirtschaftsrecht, Baurecht, Steuerrecht

2) Bd. 1/184 ff., 197

Wenn das BVerfG auf das Zustandekommen und den Rang der Norm abstellt¹⁾, so ist dies im Grunde auf die herkömmliche scharfe Trennung zwischen Akten der Legislative und Akten der Exekutive zurückzuführen; sie hat ihren Sinn und ihre Berechtigung, wenn es um das Verhältnis Gesetz-Verwaltungsakt geht, kann aber nicht ohne weiteres auf das Verhältnis Gesetz-Verordnung angewendet werden. Verwaltungsakt und Verordnung können hier nicht als Exekutivakte zusammengefasst und dem förmlichen Gesetz gegenübergestellt werden; gegenüber dem Verwaltungsakt als einer Massnahme im Einzelfall trägt die Verordnung den Charakter einer Rechtsnorm, die eine unbestimmte Vielzahl von Fällen regelt und deshalb dem förmlichen Gesetz näher steht als dem Verwaltungsakt. Es geht somit weniger um den Rang, als vielmehr um den Inhalt der Norm²⁾, weniger um formelle Kriterien, als um eine materielle Betrachtungsweise.

Dies muss besonders in den Fällen gelten, in denen Verordnungen Grundrechtsbeschränkungen enthalten. Denn wenn die Verfassung Grundrechtsbeschränkungen in materiellen Gesetzen zulässt³⁾, muss auch Vorsorge dafür getroffen werden, dass sie auch einheitlich von einer obersten Instanz als "Hüter der Verfassung" überprüft werden können⁴⁾. Wenn mit dem Sinn der konkreten Normenkontrolle, Gesetzgebungsakte gegenüber den Gerichten zu schützen, ernst gemacht werden soll, muss dies auch da gelten, wo die Verwaltung Verordnungen erlässt und damit legislativ tätig wird.

Wenn vom BVerfG schliesslich noch darauf hingewiesen wird⁵⁾, es müsse seine Zuständigkeit auf "wichtige Aufgaben" beschränken, so müsste man sich doch die Frage stellen, ob

- 1) so auch die Vertreter der formellrechtlichen Theorie. Für Müller S.91 ist überhaupt der "hohe Rang" des förmlichen Gesetzes entscheidend, wobei eine "etwaige Rechtsunsicherheit" in Kauf genommen werden müsse.
- 2) Paeschke S.63 ff.
- 3) vgl. BVerfG NJW 62/1339, 1563
- 4) hierzu ausführl. BayVerfGH VerwRspr4/14 ff.18
- 5) a.a.O. S.197

die Überprüfung von Landesgesetzen, d.h. von Gesetzen mit regional beschränktem Wirkungskreis, etwa für wichtiger gehalten werden soll als die Überprüfung von Bundesverordnungen; gerade letzteres würde ja der Rechtssicherheit und der Einheitlichkeit des Bundesrechts in starkem Masse zugute kommen¹⁾. Auch die vielfach befürchtete Überlastung des BVerfG würde nicht eintreten, wenn das BVerfG über die Verfassungsmässigkeit von Bundesverordnungen zu befinden hätte; denn die Überprüfung der Gesetzmässigkeit von Verordnungen verbleibt nach wie vor den einzelnen Gerichten²⁾.

Zusammenfassend kann man folgendes sagen: Aus Gründen der Einheitlichkeit der Rechtsprechung und zur wirksamen Kontrolle von Legislativakten der Exekutive muss sich die konkrete Normenkontrolle auch auf Verordnungsrecht erstrecken. "Gesetz" in Art.100 I Satz 1 GG muss deshalb im materiellen Sinne verstanden werden. Art.100 I Satz 2, erste Hälfte GG stellt dann nur klar, dass auch Landesrecht der bundesverfassungsgerichtlichen Nachprüfung unterliegen kann. Formelle Landesgesetze können ausserdem nach Art.100 I Satz 2, zweite Hälfte GG an Bundesrecht jeden Ranges, d.h. also auch an Bundesverordnungen, gemessen werden³⁾; diese Möglichkeit auf das gesamte materielle Landesrecht auszuweiten, scheint jedoch nicht erforderlich zu sein⁴⁾.

Abschliessend wäre noch die Frage zu klären, ob Art.100 I GG auch auf vorkonstitutionelles Recht anwendbar ist; eine Beantwortung bietet ebenso wenig Schwierigkeiten wie bei Art.93 I Nr.2 GG. Nach übereinstimmender Ansicht⁵⁾

- 1) vgl. Bettermann a.a.O.; dies gilt insbes. für die wachsende Anzahl von Steuerverordnungen
- 2) hierzu ausführlich Bachof, Verfassungswidrige Verfassungsnormen 49 ff.; vgl. auch BGHZ a.a.O., Schäfer JZ 51/202
- 3) BVerfG 1/283 ff. 292
- 4) zur Nachprüfung von Landesverordnungsrecht vgl. näher Friesenhahn 29 ff., Bettermann a.a.O., BayVerfGH a.a.O. für eine Einbeziehung von LandesVO in Art.100 I Satz 2, 2.Hälfte GG Paeschke 65
- 5) vgl. z.B. BVerfG 1/261, 262, 2/124 ff., 128, 3/48, NJW 53/618, Bachof DVB1.51/13 ff.

können nur solche Normen, die unter der Herrschaft des Grundgesetzes entstanden sind, im Verfahren der konkreten Normenkontrolle überprüft werden. Eine Entscheidung über vorkonstitutionelles Recht ist damit nur über die abstrakte Normenkontrolle (Art.93 I Nr.2 GG, s.oben Ziff.I, 2) oder über die Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz (§ 95 III BVerfGG) möglich. Auf letzterem Wege sind tatsächlich schon einige vorkonstitutionelle Bestimmungen für nichtig erklärt worden¹⁾.

Die Frage einer Einbeziehung vorkonstitutionellen Rechts in Art.100 I GG taucht nur dann auf, wenn es durch Änderung einzelner Vorschriften oder ganzer Gesetzesteile vom Gesetzgeber ausdrücklich in nachkonstitutionelles Recht umgewandelt worden ist²⁾. Nach Ansicht des BVerfG ist solches Recht nur dann einer konkreten Normenkontrolle zugänglich, wenn der Wille des Gesetzgebers, nachkonstitutionelles Recht zu schaffen, unmittelbar in dem betreffenden Gesetz selbst zu erkennen ist³⁾.

1) BVerfG 7/111 (Polizeiverordnung), 9/83 (Arzneimittelverordnung)

2) vgl. 6/55 ff. 65, 7/282 ff. 290, 8/210 ff. 213, 10/129 ff. 132, 11/126 ff. 129, 12/341 ff. 353; vgl. auch Friesenhahn 53

3) Beispiele: Die StVO und StVZO, die durch die Änderungsverordnung vom 24.8.1953 (BGBl.I/1131) ausdrücklich als nachkonstitutionelles Recht bestätigt worden sind, vgl. BVerfG NJW 62/1339, 1563

Zweiter Abschnitt: Die unmittelbaren Folgen verfassungswidriger Gesetze

Verstösst ein Gesetz gegen die Verfassung, so muss es nichtig sein, da die Verfassung als oberste staatliche Norm keine Verletzungen durch rangniedrigeres Recht zulassen kann¹⁾. Hierbei gibt es die Möglichkeit, die Nichtigkeit entweder auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes, also ex tunc, oder aber erst auf einen späteren Zeitpunkt festzusetzen.

Eine weitere Frage ist die, wer über die Verfassungswidrigkeit und damit die Nichtigkeit von Gesetzen entscheiden soll. Auszuscheiden, weil praktisch undurchführbar, ist dabei von vornherein die Lösung²⁾, dass verfassungswidrige Gesetze von Gerichten und Behörden nicht mehr angewendet, und vom einzelnen Bürger nicht mehr befolgt werden sollen; denn damit wäre die Entscheidung über die Verfassungswidrigkeit den einzelnen subjektiven Werturteilen überlassen. Die einzelnen Länderverfassungen haben deshalb immer nur bestimmte Instanzen zur Überprüfung von Gesetzen für zuständig erklärt, seien es nun die Gerichte mit ihrem allgemeinen Prüfungsrecht wie z.B. in den USA³⁾ oder in unserem Rechtskreis für die Weimarer Zeit⁴⁾, oder besondere Verfassungsgerichtshöfe, wie unter der Herrschaft des Grundgesetzes, aber auch in der Schweiz⁵⁾, in Österreich⁶⁾ oder in Italien⁷⁾.

1) zu dem Problem "verfassungswidriger Verfassungsnormen" vgl. Bachof, Recht und Staat

2) so der Vorschlag Arndt's, NJW 59/863

3) hierzu ausführlich Grossmann a.a.O., Wolf a.a.O.

4) vgl. BVerfG 1/284 ff. 197

5) nach Art. 113 der schweizerischen Verfassung entscheidet das oberste Bundesgericht in bestimmten Fällen als Verfassungsgericht, allerdings nur bei kantonalen Hoheitsakten (Grossmann, 3ff.); es liegt hier also eine Mischform vor

6) vgl. Art. 140 der österr. Verfassung

7) Art. 134, 136 ital. Verfass.

1) Die zeitliche Wirkung der Nichtigkeit

Wenn man einerseits anerkennt, dass die Frage des Zeitpunktes der Nichtigkeit eines verfassungswidrigen Gesetzes verschiedene Lösungen zulässt, andererseits die Tatsache berücksichtigt, dass über die Verfassungswidrigkeit nur bestimmte staatliche Instanzen entscheiden können, ergeben sich nun wiederum zwei Möglichkeiten: entweder ist das Gesetz erst mit dem Spruch der zuständigen Instanz(en) mit konstitutiver Wirkung, also ex nunc nichtig¹⁾; bis dahin behält es seine volle Wirksamkeit und muss von Gerichten, Verwaltungsbehörden und den einzelnen Bürgern beachtet werden. Oder das verfassungswidrige Gesetz ist schon von Anfang an, ex tunc, nichtig gewesen; die Nichtigkeit ist jedoch nur latent vorhanden und kann erst ab Entscheidung des zuständigen Gerichts geltend gemacht werden, sei es nur für den einzelnen Fall²⁾ oder mit allgemein verbindlicher Wirkung³⁾⁴⁾.

- 1) so die italienische Verfassung a.a.O., vgl. näher Mortati, S. 921; vgl. § 43 II des Hess. Ges. über den StGH (Friesenhahn S. 59, Anm. 178); für ex nunc Wirkung grundsätzlich auch die österreichische Verfassung, die es dem Verfassungsgerichtshof sogar gestattet (Art. 140 III), den Eintritt der Nichtigkeit bis zu einem Jahr hinauszuschieben;
- 2) so z.B. in den USA (vgl. Grossmann S. 6, 50 Anm. 10: "...legislative acts contrary to the constitution are ipso facto void...")
- 3) vgl. § 31 BVerfGG
- 4) Die Frage, wer über die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen entscheiden soll, hängt eng damit zusammen, welche Idee von Charakter und Funktion einer Verfassung der jeweiligen staatlichen Ordnung zugrundeliegt. Die Länder mit allgemeinem richterlichen Prüfungsrecht betrachten die Verfassung als eine Verkörperung vor- und überstaatlicher Werte, als das "supreme law of the land", über welches kein Staatsorgan mit allgemein verbindlicher Wirkung entscheiden kann. Verfassungsverletzungen gehören danach zu den "political questions", die nicht justiziabel sind (vgl. Supreme Court, 328 US 549). Dies hat sich erst in jüngster Zeit geändert (Supreme Court v. 26.3.1962, October term, Veröff. Nr. 6). Der Einrichtung einer besonderen Verfassungsgerichtsbarkeit liegt dagegen die Auffassung von der Verfassung als einer politischen Organisation des Staates zugrunde; in diesem Sinne tragen alle Entscheidungen des Verfassungsgerichts politischen Charakter (Grossmann 31 ff., 76 ff.)

Die Frage einer ex nunc oder ex tunc Wirkung der Nichtigkeit ist für unser Verfassungssystem im letzteren Sinne entschieden worden. Dass die Entscheidung des BVerfG nur deklaratorische Bedeutung hat, wird bereits aus dem Wortlaut des § 78 BVerfGG hergeleitet¹⁾. Gem. § 31 BVerfGG hat die Entscheidung Gesetzeskraft und bindet alle Verfassungsorgane des Bundes und der Länder, sowie sämtliche Gerichte und Behörden.

Literatur²⁾ und Rechtsprechung³⁾ sind deshalb fast einhellig der Auffassung, dass eine ex nunc Wirkung verfassungswidriger Gesetze schon begrifflich ausgeschlossen sei; sie berufen sich dabei auf Art. 20 III und Art. 1 III GG: die Rechtsordnung müsse "widerspruchsfrei" sein und könne keinerlei - wenn auch nur vorläufige - Geltung eines verfassungswidrigen Gesetzes zulassen. Es gehe nicht an, ein Gesetz das eine Mal als gültig, das andere Mal als ungültig anzusehen.

Dennoch wäre zu überlegen, ob eine verfassungswidrige Norm notwendig ex tunc nichtig sein muss. Ein Blick auf die Länder, die eine der unsrigen ähnliche Verfassungsgerichtsbarkeit besitzen, zeigt, dass ein Gesetz trotz seiner Verfassungswidrigkeit für einen bestimmten Zeitraum Geltung beanspruchen kann. Österreich⁴⁾ und Italien⁵⁾ schreiben z.B. die ex nunc Wirkung der verfassungsgerichtlichen Entscheidung vor; in Österreich kann der Eintritt der Nichtigkeit sogar bis zu einem Jahr hinausgeschoben werden. In Italien wird eine ex tunc Wirkung mit der nicht uninteressanten Erwägung abgelehnt, dass das in Art. 25 der italienischen Verfassung ausgesprochene Rückwirkungsverbot für Gesetze auch für die gesetzesgleiche Entscheidung des italienischen Verfassungsgerichtshofs⁶⁾ gelte. Ohne aber

1) Ist das BVerfG von der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes überzeugt, "so stellt es in seiner Entscheidung die Nichtigkeit fest".

2) vgl. z.B. Hamann NJW 59/1465, Benz, 7

3) BVerfG 1/14 ff.(37), 2/257, 8/71 ff.(79)

4) vgl. Art. 140 der österr. Verf.

5) vgl. Art. 134, 136 der ital. Verf.

6) vgl. Mortati a.a.O.

auf das Für und Wider einer ex nunc Nichtigkeit näher eingehen zu können: unser Rechtssystem hat sich jedenfalls für eine ex tunc Wirkung nichtiger Gesetze entschieden und muss nun versuchen, mit den sich daraus ergebenden Widersprüchlichkeiten ihrer Resultate fertig zu werden.

Die Schwierigkeiten liegen vor allem auf praktischem Gebiet. Denn die Verkoppelung von ex tunc Nichtigkeit und Entscheidungsmonopol des BVerfG führt dazu, dass einerseits gar kein gültiges Gesetz vorhanden ist, andererseits sich niemand auf dessen Nichtigkeit berufen kann, solange nicht das BVerfG entschieden hat, sodass de facto das verfassungswidrige Gesetz also doch beachtet, doch als existent angesehen werden muss. Ob man nun mit dem BVerfG¹⁾ sagt, das Gesetz sei zwar nichtig, nur könne sich vor seiner Entscheidung "niemand darauf berufen" oder mit Arndt²⁾ von einem "Rechtsschein" oder mit Götz³⁾ von einer "Vernichtbarkeit" des Gesetzes spricht, immer wird es darauf hinauslaufen, dass die ex tunc Nichtigkeit in der Theorie aufrechterhalten wird, die Verwaltungspraxis jedoch das verfassungswidrige Gesetz bis zu der Entscheidung des BVerfG trotzdem zu beachten, d.h. anzuwenden hat (Art. 20 III GG). Allenfalls kommt eine Aussetzung in Betracht⁴⁾. Ob man diese faktische Wirkung eines verfassungswidrigen Gesetzes als Gültigkeit im Rechtssinne oder nur als Rechtsschein bezeichnet, macht im Ergebnis keinen Unterschied.

Von daher wird verständlich, warum zwar allgemein von der ex tunc Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze ausgegangen wird, jedoch noch immer nicht völlig geklärt ist, welche Rolle der Entscheidung des BVerfG hierbei zukommt. Arndt meint z.B., das BVerfG "erkläre" nicht eine Norm für nichtig, sondern beseitige nur den "falschen Rechtsschein"⁵⁾. Ein verfassungswidriges Gesetz sei ipso jure von Anfang

1) z.B. Bd. 3/41 ff., 2/143 ff., 172

2) NJW 59/863 ff.

3) NJW 60/1177 ff.

4) z.B. im Steuerrecht gem. § 251 AO. Zur Frage des Aussetzungsrechts bzw. der Aussetzungspflicht vgl. Hoffmann JZ 61/193 ff., Sigloch a.a.O., Hamann a.a.O.

5) a.a.O., vgl. ferner NJW 59/863, BB 59/594, BB 60/993 JZ 60/488 DOV 59/82

an nichtig, sodass weder der einzelne Bürger noch die Verwaltung dem Gesetz Gehorsam schuldig seien. Auch die Gerichte seien durch Art. 100 GG von der Befolgung eines solchen Gesetzes befreit¹⁾. Abgesehen davon, dass damit die Bedeutung der verfassungsgerichtlichen Entscheidung verkannt wird, ist nicht recht verständlich, wie neben eine "ipso jure Nichtigkeit" ein "Rechtsschein" treten kann, den das Gesetz, so Arndt, eben doch um der Rechtssicherheit willen an sich tragen soll. Wenn Arndt anscheinend darunter auch nur einen Rechtfertigungsgrund für den, der schuldlos auf die Gültigkeit des Gesetzes vertraut, verstehen will²⁾, so hat er damit doch gleichzeitig anerkannt, dass auch ein verfassungswidriges Gesetz Wirkungen im tatsächlichen Bereich entfaltet, d.h. in gewissem Sinne existent ist.

Deshalb geht z.B. der Vorschlag von Götz³⁾ dahin, nicht mehr von "nichtigen", sondern von "vernichtbaren" Gesetzen zu sprechen. Verfassungswidrige Gesetze sollen bis zur Entscheidung des BVerfG als eine Art "Überlagerung" der Verfassung gültig sein⁴⁾. Die Entscheidung soll damit rechtsgestaltende, "konstitutive" Bedeutung mit "prinzipieller Rückwirkung" haben, d.h. das Gesetz ex tunc vernichten. Auch mit dieser Begründung sind Widersprüche nicht zu vermeiden. Denn gegenüber der h.M. würde die Ansicht von Götz auf eine ex nunc Nichtigkeit hinauslaufen. Wenn einerseits jede auch nur zeitweilige Gültigkeit eines verfassungswidrigen Gesetzes abgelehnt wird, kann man auf der anderen Seite nicht eine rechtswirksame "Überlagerung" der Verfassung anerkennen, die erst mit der verfassungsgerichtlichen Entscheidung aufhört.

Auch das BVerfG⁵⁾ und ihm folgend die h.M.⁶⁾ haben dieses Dilemma - ex tunc Wirkung der Nichtigserklärung einerseits,

1) in Recht und Staat S.5 ff.

2) NJW 59/863 und BB 60/993. Eine allgemeine Staatshaftung soll dann dem Betroffenen Ausgleich für erlittene Schäden ge-

3) a.a.O.

währen

4) Bei "offenkundiger Verfassungswidrigkeit soll dagegen sofortige Nichtigkeit eintreten" (S.1179), so auch Kipp S.103, was aber eine Durchbrechung des Monopols des BVerfG bedeuten

5) z.B. Bd. 3/41 ff., 6/55 ff., 8/51 ff., 8/28 ff., 9/338 ff. würde.

6) Scheuner, a.a.O., Benz, a.a.O.

de facto Wirkung eines verfassungswidrigen Gesetzes andererseits - nicht zu lösen vermocht, sondern sich damit begnügt, ohne auf Begriffe wie "nichtiges" oder "vernichtbares Gesetz" einzugehen, den Zustand zu wiederholen, der in der Rechtswirklichkeit vor der Nichtigkeitsklärung eines verfassungswidrigen Gesetzes schon eh und je bestanden hatte: Verfassungswidrigkeit bedeutet zwar zugleich Nichtigkeit des Gesetzes, die verfassungsgerichtliche Entscheidung hat also nur deklaratorischen Charakter. Das Monopol des BVerfG bewirkt aber gleichzeitig, dass das Gesetz vorher nicht unbeachtlich ist, d.h. angewendet werden muss; niemand kann sich auf seine Nichtigkeit berufen. Insofern muss man dem Spruch des BVerfG de facto doch konstitutive Bedeutung zuerkennen¹⁾. Dieser Schluss wird sich - auch mit der darin enthaltenen Widersprüchlichkeit - jedenfalls unter den heutigen Verhältnissen nicht vermeiden lassen, solange man im Prinzip an der ex tunc Wirkung eines nichtigen Gesetzes festhält. Würde man - dem Beispiel anderer Länder folgend²⁾ - von einer ex nunc Wirkung ausgehen, liessen sich wohl viele Schwierigkeiten vermeiden, insbesondere die Entscheidung darüber, inwieweit auf nichtigen Gesetzen beruhende Hoheitsakte Bestand haben sollen oder nicht.

II) Der Umfang der Nichtigkeit

Bis jetzt war lediglich allgemein von der Nichtigkeit eines verfassungswidrigen "Gesetzes" die Rede. In den meisten Fällen werden Verfassungsverstösse jedoch nur in bestimmten Teilen oder einzelnen Vorschriften des Gesetzes enthalten sein; es fragt sich also, ob sie das Gesetz als Ganzes berühren oder auf die betreffenden Bestimmungen beschränkt bleiben. Dabei liegt es auf der Hand, dass sich hierfür keine schematische Regel aufstellen lässt, sondern dass sich der Umfang der Nichtigkeit aus Zweck und Inhalt des Gesetzes ergeben muss³⁾.

1) BVerfG 12/296

2) Wäre auch bei uns das Rückwirkungsverbot von Gesetzen (Maunz-Dürig, Art.20, Erl.87) allgemein anerkannt, liesse sich damit u.U. auch die Rückwirkung der Entscheidung des BVerfG (§ 31 BVerfGG) für unzulässig erklären.

3) Verh. des Ausschusses für Rechtswesen Drucks.Nr. 94, 6.Teil, S.49

Die Nichtigkeit einer verfassungswidrigen Vorschrift wird nur dann das Gesetz als ganzes ergreifen, wenn diese tragende Grundlage des Gesetzes ist oder wenn der verbleibende Teil ohne die Vorschrift keinen Sinn mehr hätte¹⁾. Man könnte auch sagen - so wie es der Supreme Court ausgedrückt hat²⁾ - dass ein Gesetz dann als ganzes ungültig ist, wenn anzunehmen ist, dass der Gesetzgeber den nicht verfassungswidrigen Teil für sich allein nicht beschlossen hätte. Dies wäre z.B. dann der Fall, wenn die übrigen Bestimmungen mit dem Wegfall der verfassungswidrigen Vorschrift keine selbständige Bedeutung mehr haben würden³⁾, weil sie mit ihr eine untrennbare Einheit bilden und allein keinen Sinn hätten⁴⁾ oder wenn die verfassungswidrige Bestimmung massgebende Norm des Gesetzes ist, auf die die übrigen Bestimmungen verweisen⁵⁾. Nichtigkeit des gesamten Gesetzes wird ferner dann gegeben sein, wenn es die Ausgestaltung einer verfassungswidrigen Blankettnorm darstellt, wenn es unter Verstößen gegen Kompetenz⁶⁾ oder Verfahrensvorschriften⁷⁾ zustandegekommen ist oder wenn es in seiner Gesamttendenz gegen Grundrechte⁸⁾ oder allgemeine Verfassungsgrundsätze verstösst.

Dagegen bleibt die Nichtigkeit auf die einzelnen Vorschriften beschränkt, wenn das Gesetz auch ohne sie weiterhin anwendbar sein würde⁹⁾. Entsprechendes muss gelten, wenn nur einzelne Teile einer Vorschrift verfassungswidrig sind und es darum geht, ob die gesamte Vorschrift nichtig sein soll¹⁰⁾. Hier klingt der allgemeine Rechtsgedanke des § 139 BGB wieder an, sodass Teilnichtigkeit einer Vorschrift nur dann angenommen werden kann, "...wenn sie sich in Teilinhalte zerlegen lässt, sich die einzelnen Teile nicht gegenseitig bedingen oder wenn der Gesetzgeber die Vorschrift auch in Weglassung des nichtigen Teils erlassen haben würde"¹¹⁾.

1) Kipp a.a.O. 2) Wolf 213 3) BVerfG 8/274 ff. 4) a.a.O.

5) z.B. BVerfG 8/71 ff. 6) z.B. BVerfG 9/305 ff.

7) Kipp a.a.O. 8) z.B. Wahlges. gegen Art. 3

9) BVerfG 9/218, 254, 302 10) z.B. BVerfG 4/331 ff.

11) BVerfG 8/28 ff.(37), vgl.auch BFH 75/255 ff. (258)

Festzuhalten bleibt also, dass es für den Umfang der Nichtigkeit auf Sinn, Zweck und Verhältnis der verfassungswidrigen Bestimmungen zum Gesamtinhalt des Gesetzes ankommt. Der Umfang der Nichtigkeit wird dann jeweils im Tenor der Entscheidung des BVerfG ausgesprochen.

III) Arten der Nichtigkeit

Abschliessend ist noch die Frage zu beantworten, ob die Nichtigkeit verfassungswidriger Bestimmungen davon abhängig gemacht werden kann, welche Verfassungsverstösse ihnen zugrunde liegen. Es wäre an sich nicht ausgeschlossen, zwischen formeller und materieller Verfassungswidrigkeit zu differenzieren, d.h. Verstösse gegen Grundrechte schwerer zu beurteilen als Verletzungen von Verfahrensvorschriften¹⁾; für diese könnte man u.U. eine nachträgliche Heilung zulassen, während jene als voll nichtig bezeichnet werden könnten.

Aus dem GG selbst lässt sich jedoch nichts für eine solche Unterscheidung herleiten. Eher lässt sich aus Art.93 I Nr.2 GG das Gegenteil schliessen, d.h. dass formelle und materielle Verfassungsverstösse grundsätzlich eine gleiche Behandlung erfahren sollen. Auch Schrifttum und Rechtsprechung haben in keinem Fall zwischen verschiedenen Arten der Nichtigkeit unterschieden²⁾. Aber auch ohne den Hinweis in Art.93 I Nr.2 GG würde sich die Unzulässigkeit, bei den Folgen der Verfassungswidrigkeit einen unterschiedlichen Massstab anzuwenden, bereits aus dem grundsätzlichen Verhältnis zwischen formellem und materiellem Recht ergeben.

- 1) z.B. gegen Art.77 II (Einberufung des Vermittlungsausschusses bei Unstimmigkeiten zwischen Bundestag und Bundesrat innerhalb von zwei Wochen), III (Einspruch des Bundesrats bei nicht zustimmungsbedürftigen Gesetzen innerhalb einer Woche), Art.78 (Zustimmung des Bundesrats u.a.), Art.82 (Gegenzeichnung des Bundespräsidenten bei Gesetzen) GG
- 2) Kipps Ansichten (S.106 ff.) sind durch das BVerfGG überholt.

Zwar ist das formelle gegenüber dem materiellen Recht funktionell unselbständig; es dient aber der Sicherung und Durchsetzung materieller Werte; materielle Rechte sind ohne formelles Recht nicht zu verwirklichen; formelles Recht wäre ohne materiellen Inhalt leer und nutzlos. Aus diesem Verhältnis gegenseitiger Bedingtheit und Abhängigkeit folgt, dass Verletzungen des formellen Rechts ebenso schwer wiegen wie Verletzungen materieller Rechte¹⁾. Hinzukommt, dass die Übergänge zwischen formellen und materiellen Verfassungsbestimmungen fliessend sind; oft sind die ersteren nicht nur blosses Mittel, sondern unmittelbarer Ausdruck der Grundrechte²⁾. Man spricht z.B. nachgerade von sog. "Prozessgrundrechten"³⁾. Verstösse gegen Verfahrensbestimmungen der Verfassung können deshalb in vielfacher Weise zugleich Grundrechte verletzen, ja sie sogar weitgehend so beeinträchtigen, dass sie schliesslich ausgehöhlt oder gar zur Aufhebung gebracht werden⁴⁾. Das BVerfG hat z.B. im Hinblick auf Art.2 I GG festgestellt⁵⁾, es gehöre zur allgemeinen Handlungsfreiheit, nur aufgrund solcher Gesetze zur Steuer herangezogen zu werden, die auch formell der Verfassung gemäss seien.

Ein Gesetz ist deshalb immer dann mit der Verfassung nicht vereinbar, wenn es entweder formelle oder materielle Bestimmungen des GG verletzt⁶⁾. Anders ausgedrückt: ein Gesetz gehört nur dann zur verfassungsmässigen Ordnung, wenn es materiell und formell mit der Verfassung in Einklang steht.

1) vgl. Lechner § 13 Nr.6, Anm.5 und Nr.11, Anm.7, Geiger, § 76, Anm.3, Maunz-Dürig Art.2, 32

2) vgl. Kneser S.156

3) Art.101-104 GG. Welch grosse Bedeutung dem formellen Recht zugemessen wird, ist aus der bei Maunz-Dürig, Art.103, Erl.15 angeführten Rechtsprechung des BVerfG ersichtlich, wonach auch unbedeutend erscheinende Verletzungen des rechtlichen Gehörs zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidungen geführt haben.

4) dies ist insbesondere für den Bereich des Strafrechts in der Zeit vor 1945 deutlich geworden, wo zwar das materielle Strafrecht im grossen ganzen aufrechterhalten, durch die Einschaltung der Gestapo aber weitgehend seiner Wirkung beraubt wurde (näher Kneser a.a.O.)

5) Bd. 6/32, 9/3 ff. (11) 6) vgl. BVerfG 11/234, 236

Dritter Abschnitt: Die Folgen
verfassungswidriger
Gesetze bei staatlichen
Hoheitsakten

I) Das Problem der "gesetzlosen" Verwaltung

Im vorhergehenden Abschnitt ist festgestellt worden, dass als unmittelbare Folge verfassungswidriger Gesetze deren Nichtigkeit eintritt. Wie aber wirkt sich die Verfassungswidrigkeit auf Entscheidungen, die aufgrund des nichtigen Gesetzes ergangen sind, aus? Erst in dieser Hinsicht machen sich die Folgen verfassungswidriger Gesetze für die Praxis bemerkbar. Denn man steht vor der Frage, was mit Steuer- und Rentenbescheiden, Polizeiverfügungen und Gerichtsurteilen geschehen soll, wenn ihre gesetzliche Grundlage für nichtig erklärt worden ist. Sind sie dann ebenfalls hinfällig, oder sollen sie aufrechterhalten bleiben?

Dieser Konflikt zwischen Nichtigkeit um der materiellen Gerechtigkeit und Aufrechterhaltung um der Rechtssicherheit willen lässt sich auf verschiedene Weise lösen: man könnte einerseits der ersten den Vorrang einräumen, indem man darauf hinweist, dass Hoheitsakte mit verfassungswidriger und daher nichtiger Rechtsgrundlage zu Unrecht ergangen sind und nach rechtsstaatlichen Gesichtspunkten keine Gültigkeit beanspruchen können¹⁾, dass Gerichte und Verwaltungsbehörden nach Art. 20 III GG i.V.m. § 31 BVerfGG die entsprechenden Konsequenzen ziehen müssen, sobald eine Vorschrift für nichtig erklärt worden ist²⁾.

Andererseits liesse sich sagen, dass man aus Gründen der Rechtssicherheit staatlichen Hoheitsakten trotz Nichtigerklärung ihrer gesetzlichen Grundlage Gültigkeit zuerkennen

1) so Bettermann, MDR 49/395

2) hierzu ausführlich Bettermann a.a.O.

muss. Hierfür spricht vor allem, dass eine Wiederaufnahme sämtlicher Fälle, die jemals aufgrund der nichtigen Norm entschieden worden sind, auf unüberwindliche Schwierigkeiten stossen würde: zahllose, u.U. jahrelang zurückliegende Vorgänge müssten neu aufgerollt, sämtliche Beweiserhebungen wiederholt, neue Sachentscheidungen getroffen werden; Gerichte und Behörden wären überfordert. Bleibt es dagegen bei dem einmal geschehenen, so mag dies im einzelnen zwar ungerecht sein; jedenfalls wäre aber dadurch eine klare Rechtslage geschaffen und die Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung gewährleistet.

Es ist deshalb nur folgerichtig, wenn sich Verwaltungswissenschaft¹⁾ und Rechtsprechung²⁾ zugunsten der praktikableren Lösung, d.h. für die Aufrechterhaltung von auf nichtigen Normen beruhenden Hoheitsakten entschieden haben. Zwar sind Fälle anerkannt, in denen Verwaltungsakte oder Gerichtsurteile nichtig sind, weil ihnen ein so schwerer und offenkundiger Mangel anhaftet, dass sie schlechterdings keine Geltung mehr beanspruchen können, also z.B. bei schweren Zuständigkeitsfehlern, Verstössen gegen gesetzliche Gebote, grober Sittenwidrigkeit oder Unmöglichkeit³⁾. Den Wegfall der gesetzlichen Grundlage rechnet man jedoch nicht zu solchen "schweren und offensichtlichen" Mängeln; auch ein Verwaltungsakt ohne gesetzliche Grundlage wird immerhin als "Akt der staatlichen Autorität" angesehen der nicht so ohne weiteres unbeachtlich sein kann, falls die Gesetzlosigkeit nicht ihrerseits so schwer und offensichtlich zutage tritt, dass eine Weitergeltung des Verwaltungsakts mit den an eine ordnungsgemässe Verwaltung zu stellenden Anforderungen schlechthin unvereinbar wäre⁴⁾. Diese an der Autorität der Verwaltungsakte und an der Rechtssicherheit orientierte Ansicht wird vor allem von

1) vgl. statt vieler Forsthoff, S.223 ff.

2) Nachweise bei Forsthoff S. 225, Anm.1

3) weitere Beispiele bei Forsthoff, a.a.O.,
H.J.Wolff, § 51, III

4) Forsthoff a.a.O.

der Rechtsprechung, aber auch in der Literatur vertreten¹⁾; danach sind "gesetzlose" Verwaltungsakte anderen fehlerhaften Verwaltungsakten gleichzustellen, d.h. sie sind grundsätzlich wirksam, können jedoch von den Betroffenen gemäss §§ 40 ff. VGO angefochten bzw. von der Verwaltung widerrufen werden. Es wird also nicht zwischen Gesetzlosigkeit und Gesetzesverletzung unterschieden, auch nicht danach, ob es bei der Gesetzlosigkeit von vornherein an einer Norm zum Erlass des Verwaltungsakts gefehlt hat oder ob sich erst nachträglich (durch verfassungsgerichtliche Entscheidung) deren Ungültigkeit herausgestellt hat. Die Gegenansicht²⁾ setzt an der Lehre von der Schwere des Fehlers, der einem Verwaltungsakt anhaften kann, an. Sie beruft sich darauf, dass Gesetzlosigkeit der an sich schwerste Mangel eines Verwaltungsakts sei, der zur Nichtigkeit führen müsse.

In der Tat ist zu fragen, ob die Gleichbehandlung von Gesetzlosigkeit und sonstigen Rechtsmängeln gerechtfertigt werden kann. Forsthoff meint z.B.³⁾, man könne die rechtlichen Gewichte nicht verschieden verteilen, weil das Gesetz im Rechtsstaat auf jeden Fall die Schranke staatlichen Handelns gegenüber dem einzelnen sei. Mit dieser Auffassung wird die "Vermutung der Gültigkeit" von Staatsakten, die auf O. Mayer⁴⁾ zurückgeht, über den Kreis fehlerhafter Verwaltungsakte⁵⁾ hinaus auch auf solche Verwaltungsakte ausgedehnt, die jeglicher gesetzlichen Grundlage entbehren⁶⁾; die Berufung auf die blossе Tatsache, dass eine staatliche Behörde den Verwaltungsakt erlassen hat⁷⁾, wird aber dann zweifelhaft, wenn überhaupt niemals eine

1) BVerwG NJW 54/734; OVG Limburg VerwRspr. 4/566, OVG Münster VerwRspr. 5/157, Hrs. VGH VerwRspr. 6/203; Forsthoff, § 12, e, cc, Jellinek AöR Bd.76/134 (Besprechung von Ule, Die neue Verwaltungsgerichtsbarkeit und das Verhältnis von Justiz und Verwaltung, Tübingen 1949), H.J.Wolff MDR 51/523 ff. 526

2) Kleinrahm, DV 49/366 ff., Bettermann MDR 49/394 ff., Huber 711 ff., BGH VerwRspr. 5/56 mit Anm. Bachof

3) a.a.O.

4) S.94 ff.

5) Forsthoff § 12, Ziff.1; vgl.auch ProVG 81/268, 272, 86/367

6) vgl. Forsthoff a.a.O.

7) O.Mayer, S.95 ff.

gültige Norm vorhanden gewesen ist¹⁾. Muss es nicht einen Unterschied machen, ob eine Norm lediglich falsch angewendet worden ist oder ob es überhaupt an einer gültigen Norm für einen Verwaltungsakt gefehlt hat? Hinzukommt, dass es merkwürdig erscheint, wenn staatliche Hoheitsakte, die im Rang über Verwaltungsakten stehen, z.B. Rechtsverordnungen, bei einem Fehlen oder einer Überschreitung der gesetzlichen Ermächtigung nichtig sein, die rangniedrigeren Verwaltungsakte jedoch aufrechterhalten bleiben sollen. Näher auf das Problem der gesetzlosen Verwaltungsakte einzugehen würde den Rahmen der gestellten Aufgabe überschreiten; festgestellt sei lediglich, dass jedenfalls nach der h.M. Verwaltungsakte ohne gültige gesetzliche Grundlage vorläufig wirksam sind; sie können jedoch aufgehoben, d.h. von den Betroffenen entweder angefochten (§§ 40 ff., 113 VGO) oder von der Verwaltungsbehörde widerrufen werden. Bei belastenden "gesetzlosen" Verwaltungsakten wird dabei in der Regel die Initiative vom einzelnen, bei begünstigenden "gesetzlosen" Verwaltungsakten muss sie von der Behörde ausgehen.

II) Die Regelung des § 79 BVerfGG

entspricht diesen Überlegungen. Der Rechtssicherheit ist grundsätzlich der Vorrang gegenüber der materiellen Ge-
rechtigkeit zuerkannt. Der hier massgebende Teil des § 79 hat folgenden Wortlaut:

"...vorbehaltlich der Vorschrift des § 95 Abs.2 oder einer besonderen gesetzlichen Regelung (bleiben) die nicht mehr anfechtbaren Entscheidungen, die auf einer gem. § 78 für nichtig erklärten Norm beruhen, unberührt. Die Vollstreckung aus einer solchen Entscheidung ist unzulässig..."

-
- 1) Liegt dieser Berufung auf den Geltungsanspruch der "staatlichen Autorität" nicht die alte Auffassung zugrunde, dass der Staat kein Unrecht tun kann, dass er durch sein blosses Tätigwerden Recht - wenn auch aufhebbares Recht - schafft? Ganz abgesehen davon findet die "Vermutung der Gültigkeit" staatlicher Hoheitsakte im Gesetz keine Stütze; auch das BVerfG (Bd.2/282) hat hiervon nur im Zusammenhang mit formellen Gesetzen gesprochen.

Sinn der folgenden Ausführungen kann es nicht sein, sämtliche Probleme im Zusammenhang mit § 79 BVerfGG zu erörtern. Hierfür kann auf das bereits vorhandene Schrifttum¹⁾ verwiesen werden. Diese Arbeit beschränkt sich auf die Untersuchung, ob und in welcher Weise § 79 BVerfGG in der Praxis für die einzelnen Gebiete des öffentlichen Rechts von Bedeutung ist. Deshalb sollen einleitend nur einige allgemeine Fragen und Begriffe behandelt werden; Einzelprobleme finden dagegen nur da Erwähnung, wo sie im konkreten Fall aktuell geworden sind²⁾.

1) Definitionen

Zunächst ist zu klären, auf welche Arten von staatlichen "Entscheidungen" § 79 BVerfGG überhaupt Anwendung findet. Denkbar wäre, dass dieser Begriff sämtliche Hoheitsakte erfasst, denn auch durch Wahlen, Parlamentsbeschlüsse oder Gesetze wird etwas "entschieden". Jedoch sprechen schon die in § 79 II BVerfGG weiter verwendeten Formulierungen für eine Einschränkung. Begriffe wie "unanfechtbar", oder "vollstreckbar" machen nämlich deutlich, dass es sich bei den "Entscheidungen" nur um Einzelfallsentscheidungen handeln kann. Von vornherein ausscheiden müssen deshalb Gesetze, die auf für nichtig erklärten Normen beruhen; sie werden dadurch häufig selbst verfassungswidrig und nichtig sein³⁾. Ebensowenig fallen Wahlen unter § 79 II BVerfGG, wenn die zugrunde liegenden Wahlvorschriften vom BVerfG für nichtig erklärt werden; Wahlen können gar nicht als Hoheitsakte im eigentlichen Sinn, als Massnahmen des Staates gegenüber einzelnen oder Gruppen von Bürgern bezeichnet werden⁴⁾. Unter "Entscheidungen" i.S. des § 79 II BVerfGG versteht die h.M. nur Verwaltungsakte und Gerichtsurteile, da nur sie terminologisch passen, d.h. einer Un-

1) Kneser 130 ff., Dilcher, Sturm (die beiden letzteren allerdings nur für das Zivilrecht)

2) z.B. die Subsidiaritätsklausel (2.Teil, 2.Abschn.)

3) Kneser 178 ff.

4) vgl. 2.Teil, 1.Abschn.

anfechtbarkeit und Vollstreckbarkeit fähig sind¹⁾.

Wann aber "beruht" eine Entscheidung auf einer für nichtig erklärten Norm? Der Ausdruck ist dem Revisionsrecht entnommen; im Zivilrecht bedeutet er, dass jede Gesetzesverletzung, die für das Zustandekommen eines Urteils ursächlich - im weitesten Sinne - gewesen ist (§ 549 ZPO), eine der Grundlagen des Urteils gebildet hat, und deshalb im Wege der Revision beseitigt werden kann; ausreichend, aber auch erforderlich für den Begriff "beruhen" ist somit, dass eine logische Verbindung zwischen angefochtener Entscheidung und Gesetzesverletzung besteht²⁾. Noch weiter geht das Strafprozessrecht: dort "beruht" eine Entscheidung schon dann auf der Gesetzesverletzung, wenn ein Zusammenhang zwischen Urteil und Gesetzesverletzung nicht mit Sicherheit feststellbar, sondern nur möglich, nicht ausgeschlossen ist (§ 337 StPO)³⁾.

Es ist nun kaum anzunehmen, dass das Wort "beruhen" in § 79 II BVerfGG einen anderen Sinn als den sonst verwendeten hat; sonst wäre wohl in den Materialien oder Kommentaren ausdrücklich darauf hingewiesen worden. Eine Entscheidung i.S. des § 79 II "beruht" also dann auf einer für nichtig erklärten Norm, wenn zwischen beiden ein ursächlicher Zusammenhang besteht, die nichtige Norm die Grundlage des Verwaltungsakts oder des Gerichtsurteils gewesen ist; für Strafurteile gilt dementsprechend ein nur wahrscheinlicher Zusammenhang zwischen Urteil und nichtiger Norm⁴⁾.

Schwieriger ist dagegen die Frage zu beantworten, wann eine auf einer nichtigen Norm beruhende Entscheidung "unanfechtbar" ist. Man kann darunter den Zeitpunkt des Ablaufs der Rechtsmittelfristen, d.h. den Eintritt der - nach einer

1) für Entscheidungen im Bereich des Zivilrechts vgl. Lönisch, S.733, allgemein zu diesen Begriffen Kneser S.144 ff.

2) Baumbach-Lauterbach, § 549, B

3) Schwarz-Kleinknecht, § 337, Anm.3

4) zu § 79 I s.u. Ziff.2 b. Hierzu darf -entsprechend dem oben unter Ziff.II Gesagten- nicht zwischen formellen und materiellen nichtigen Normen unterschieden werden (vgl. 2.Teil, 5.Abschnitt)

Definition von H.J. Wolff¹⁾ - formellen Bestandskraft verstehen, wobei man auch die in einzelnen Sachgebieten gegebenen besonderen Anfechtungsmöglichkeiten²⁾ miteinbeziehen müsste. Oder man kann den Begriff "unanfechtbar" auch im Sinne von endgültig, in keiner Weise mehr abänderbar, d.h. im Sinne der "formellen Rechtskraft"³⁾ verstehen⁴⁾. Wortlaut und Sinn des § 79 II BVerfGG scheinen eher für die erste Auslegung zu sprechen; offenbar bezieht sich die Vorschrift nur auf die Möglichkeiten des einzelnen, gegen eine Entscheidung mit verfassungswidriger Grundlage mit Rechtsmitteln vorzugehen; darauf deutet auch die Verweisung auf die Rechtsbehelfe des Zivilprozesses (§ 767 ZPO) bei der Vollstreckung aus einer solchen Entscheidung hin (§ 79 II Satz 3 BVerfGG).

Folgt man dieser Auslegung, so ist daneben immer zu berücksichtigen, dass Verwaltungsakte bei Änderung der Sach- oder Rechtslage in weitem Umfang auch von Amts wegen zurückgenommen werden können oder müssen⁵⁾. Die Rücknahme fehlerhafter belastender Verwaltungsakte ist anerkanntermassen⁶⁾ Rechtspflicht der erlassenden Behörde, während nach der heute vorherrschenden Ansicht⁷⁾ fehlerhafte begünstigende Verwaltungsakte aus Gründen des Vertrauensschutzes nur beschränkt - d.h. nur bei ausdrücklicher Anordnung vom Gesetz oder überwiegenden Interessen der Allgemeinheit - abänderbar sind. Da auf verfassungswidrigen Normen beruhende Verwaltungsakte wie sonstige fehlerhafte Verwaltungsakte behandelt werden, können sie auch noch nach Ablauf der Rechtsmittelfristen nach den allgemeinen Grundsätzen von der Behörde zurückgenommen werden⁸⁾.

- 1) Verwaltungsrecht I, § 52 II; dieser Definition soll hier gefolgt werden, da sie eine brauchbare Abgrenzung zu der "formellen Rechtskraft", d.h. der endgültigen Unabänderbarkeit von Verwaltungsakten, an die auch die Verwaltung gebunden ist, bildet.
- 2) z.B. die §§ 222 ff. AO
- 3) so H.J. Wolff, a.a.O., vgl. Anm.1
- 4) Geiger, § 79 BVerfGG, Anm.3 5) hierz.näher H.J. Wolff a.a.O.
- 6) vgl. statt vieler Forsthoff 239, 241 mit Nachw.
- 7) 109 B. BVerwG DOV 57/911, 58/178, MDR 64/947, Hamann NJW 54/1427 ff., a.A. Forsthoff 240 ff.
- 8) vgl. BVerwG MDR 64/947, Haueisen a.a.O.

Dies zeigt auch folgende Überlegung: Wenn § 79 II BVerfGG Ausschliesslichkeitscharakter hätte, d.h. die Beseitigung eines auf einer verfassungswidrigen Norm beruhenden Verwaltungsaktes nur auf Rechtsmittel des einzelnen hin gestatten und ihm nach Ablauf der kurzen Rechtsmittelfristen endgültige Bestandskraft verleihen würde, so wäre dies ein widersinniges Ergebnis; denn damit hätten Verwaltungsakte mit verfassungswidriger Grundlage gegenüber sonstigen, auch von Amts wegen rücknehmbaren fehlerhaften Verwaltungsakten erhöhte Bestandskraft, was einer Privilegierung verfassungswidriger Grundlagen gegenüber sonstigen Fehlern eines Verwaltungsakts gleichkommen würde.

2) Inhalt

Was besagt nun § 79 BVerfGG im einzelnen? Wie ist die Frage der Vollstreckbarkeit von auf nichtigen Normen beruhenden Entscheidungen geregelt?

a) In § 79 II BVerfGG ist zunächst der Grundsatz ausgesprochen, dass Verwaltungsakte und Gerichtsurteile, soweit sie zum Zeitpunkt der Nichtigserklärung des ihnen zugrunde liegenden Gesetzes nicht mehr anfechtbar sind, aus Gründen der Rechtssicherheit aufrechterhalten bleiben. Allerdings wird ihre Vollstreckung in § 79 II Satz 2 BVerfGG für unzulässig erklärt, eine Art Konzession an den Gedanken der materiellen Gerechtigkeit, dass die Wirkung der Unanfechtbarkeit, d.h. die Vollstreckung, eben doch nicht eintreten soll. Darauf wird es den Betroffenen, wenn es sich um belastende Entscheidungen handelt, regelmässig wohl am meisten ankommen. Aus § 79 II BVerfGG folgt umgekehrt, dass alle Entscheidungen, die zur Zeit der Nichtigserklärung noch nicht rechtskräftig sind, von dem Betroffenen mit Rechtsmitteln angefochten werden können¹⁾. Eine Vollstreckung in diesen Fällen wäre ohnehin unzulässig, da die Einlegung von Rechtsmitteln gegen Gerichts- oder Verwaltungsentscheidungen in der Regel aufschiebende Wirkung hat (§§ 719 ZPO,²⁾ 80 I VGO³⁾). Zur Zeit der Nichtigserklärung

1) vgl. Scheuner 1253 ff.

2) bei Einlegung der Revision jedoch nur auf Antrag (§ 719 II ZPO)

3) Ausnahmen in § 80 II VGO

anhängige Verfahren müssen ebenfalls der neuen Rechtslage entsprechend entschieden werden; schliesslich darf die für nichtig erklärte Norm in keiner Weise mehr bei zukünftigen Entscheiden angewendet werden (§ 31 BVerfGG).

b) Eine Ausnahme von dem Grundsatz der Rechtsbeständigkeit unanfechtbarer Entscheidungen hat der Gesetzgeber nur für Strafurteile geschaffen. Der Absatz 1 des § 79 BVerfG lautet:

"Gegen ein rechtskräftiges Strafurteil, das auf einer gem. § 78 BVerfGG für nichtig erklärten Norm beruht, ist die Wiederaufnahme des Verfahrens nach den Vorschriften der Strafprozessordnung zulässig."

Im Bereich des Strafrechts ist also die Entscheidung zugunsten der zweiten Komponente des Rechtsstaatsprinzips¹⁾, der Gerechtigkeit im einzelnen Fall, getroffen worden. Denn es ist mit rechtsstaatlichen Grundsätzen und dem Vertrauen der Bürger in die Rechtspflege unvereinbar, gerade denjenigen staatlichen Massnahmen, die am stärksten und nachhaltigsten in die persönliche Sphäre, d.h. in die Freiheit des einzelnen Bürgers eingreifen, Gültigkeit zuzuerkennen, wenn es an einer gesetzlichen Grundlage fehlt. Die Unzulässigkeit einer Aufrechterhaltung solcher Strafurteile liesse sich im übrigen auch bereits aus Art.103 II GG herleiten.

Die Aufhebung von auf nichtigen Normen beruhenden Strafurteilen erfolgt im Wege des Wiederaufnahmeverfahrens in "entsprechender" Anwendung der §§ 359 ff. StPO. Es versteht sich von selbst, dass besonders eine Vollstreckung von verfassungswidrigen Strafurteilen einen "nicht mehr zu behebenden Schaden"²⁾ darstellen würde, und deshalb unzulässig ist³⁾, selbst dann, wenn kein Antrag auf Wiederaufnahme gestellt worden ist⁴⁾. Entsprechend dem unter Lit.a Gesagten gilt auch hier, dass gegen zur Zeit der Entscheidung des BVerfG noch nicht rechtskräftige Urteile die allgemeinen Rechtsbehelfe (§§ 312 ff., 333 ff. StPO) zulässig

1) hierzu näher BVerfG 13/261 ff. (267)

2) so das BVerfG in NJW 62/443

3) h.M. (entgegen § 360 StPO)

4) bestr.; vgl.hierzu 2.Teil, 6.Abschnitt, Ziff. II, 2

sind; bei anhängigen Verfahren muss je nach Stadium Freispruch oder Einstellung erfolgen.

III) Zusammenfassung

1. Der Umfang der Verfassungsgerichtsbarkeit erstreckt sich sowohl bei der abstrakten (Art. 93 I Nr.2 GG) als auch bei der konkreten Normenkontrolle (Art. 100 I GG) auf formelles und materielles Recht. Bei der konkreten Normenkontrolle handelt es sich um die -allerdings seltenen- Fälle einer Überprüfung der Verfassungsmässigkeit des materiellen, d.h. in der Hauptsache des Verordnungsrechts; die Überprüfung seiner Gesetzmässigkeit verbleibt nach wie vor den Gerichten.

2. Im folgenden sollen unter "Gesetzen" sowohl formelle Gesetze als auch Verordnungen verstanden werden.

3. Die unmittelbare Folge verfassungswidriger Vorschriften ist Nichtigkeit. Sie ergreift das Gesetz als ganzes oder bleibt auf die einzelnen Bestimmungen beschränkt, je nachdem ob das Gesetz seinen Sinn und Zweck durch ihren Wegfall verlieren oder auch ohne sie anwendbar bleiben würde.

4. Die Nichtigkeit eines verfassungswidrigen Gesetzes tritt unabhängig davon ein, ob es sich um Verstösse gegen formelle oder materielle Verfassungsbestimmungen gehandelt hat. Eine Differenzierung zwischen "leichter" und "schwerer" Verfassungswidrigkeit, zwischen absoluter Nichtigkeit und einer "heilbaren" Nichtigkeit ist unzulässig.

5. Die Nichtigkeit einer verfassungswidrigen Norm wirkt sich bei darauf beruhenden Entscheidungen wie ein sonstiger Rechtsmangel aus. Die Entscheidungen bleiben grundsätzlich zunächst einmal gültig, sind jedoch anfechtbar. § 79 BVerfGG enthält die ausdrückliche gesetzliche Regelung.

6. Unter "Entscheidungen" i.S. des § 79 BVerfGG sind nur Verwaltungsakte und Gerichtsurteile zu verstehen. Sie "beruhen" dann auf einer nichtigen Norm, wenn zwischen "Entscheidung" und nichtiger Norm ein ursächlicher Zusammenhang gegeben bzw. nicht ausgeschlossen ist. Sie sind dann "unanfechtbar", wenn sie nicht mehr mit Rechtsmitteln angegriffen werden können. Nach Eintritt der Unanfechtbarkeit ist bei Verwaltungsakten eine Rücknahme nur noch von Amts wegen geboten bzw. möglich, je nachdem, ob es sich um belastende oder begünstigende Verwaltungsakte handelt.

7. Ebenso wie Nichtigkeit eines Gesetzes bei allen Verfassungsverstößen eintritt, ist § 79 BVerfGG auf alle Entscheidungen, die auf für nichtig erklärten Normen beruhen, anzuwenden. Eine Differenzierung je nachdem, ob diese Normen dem formellen oder materiellen Recht angehört haben, ist unzulässig.

8. Aus § 79 BVerfGG folgt, dass aus Gründen der Rechtssicherheit alle Entscheidungen, soweit sie nicht mehr anfechtbar sind -und falls sie nicht von Amts wegen zurückgenommen werden (s.o.Ziff.6)- trotz Wegfalls ihrer gesetzlichen Grundlage aufrechterhalten bleiben. Zur Zeit der Nichtigserklärung anfechtbare Entscheidungen können durch Einlegung der allgemeinen Rechtsmittel (§§ 40 ff. VGO, 312 ff., 333 ff. StPO, 511 ff., 545 ff. ZPO) aufgehoben werden. Anhängige Verfahren sind entsprechend der neuen Rechtslage zu entscheiden. Eine Anwendung der für nichtig erklärten Normen ist künftig ausgeschlossen (§ 31 BVerfGG).

9. Für Strafurteile gilt gem. § 79 I BVerfGG eine Ausnahme: Trotz Rechtskraft können sie, wenn das ihnen zugrundeliegende Strafgesetz für nichtig erklärt worden ist, im Wege des Wiederaufnahmeverfahrens (§§ 359 ff. StPO) aufgehoben werden.

Bisher musste sich die Erörterung auf die Vorschrift des § 79 BVerfGG und die damit im Zusammenhang stehenden verwaltungsrechtlichen Fragen beschränken. Welche Bedeutung dem § 79 BVerfGG für die Rechtspraxis zukommt, ging daraus noch nicht hervor. Ein Überblick über einzelne Rechtsgebiete soll deshalb Gegenstand der folgenden Darstellung sein. Dabei werden um der Klarheit und Übersicht willen nur die wichtigsten Beispiele aufgeführt.

Die einzelnen Sachgebiete sind in der Reihenfolge Wahlrecht-Steuerrecht-Beamtenrecht-Sozialrecht-Gerichtbarkeit und Strafrecht behandelt. Am Anfang wird jeweils eine kurze Inhaltsangabe der vom BVerfG für nichtig erklärten Vorschriften gegeben; anschliessend wird dann die Auffassung von Rechtsprechung und Literatur erörtert. Dieser Überblick über die wichtigsten Fälle verfassungswidriger Normen wird dann die Feststellung erlauben, ob § 79 II BVerfGG überhaupt für alle diese Fälle, für alle Sachgebiete praktikabel ist oder ob andere Lösungen gefunden werden müssen.

Zweiter Teil: Einzelne Rechtsgebiete

Erster Abschnitt: W a h l r e c h t

In den letzten Jahren hat das BVerfG vielfach Gelegenheit gehabt, sich mit der Frage der Verfassungsmässigkeit von Wahlgesetzen zu beschäftigen. Es ging dabei um die Begünstigung politischer Parteien gegenüber sonstigen politischen Gruppen; besonders kommunale Wahlgesetze, aber auch Landes- und Bundeswahlgesetze hatten politischen Parteien auf die verschiedenste Art Privilegien eingeräumt, sei es, dass nur ihnen die Aufstellung von Wahlvorschlägen oder Reservelisten (für die Verhältniswahl) vorbehalten war, dass nur politische Parteien nachrückende Ersatzleute ohne Zutun des Wählers für gewählt erklären lassen konnten, oder sei es, dass für noch nicht parlamentarisch vertretene Gruppen bestimmte Unterschriften- oder Stimmenquoten verlangt wurden.

Diese Regelungen waren verfassungswidrig und sind vom BVerfG für nichtig erklärt worden, soweit sie über das bundesrechtlich zulässige Stimmen-¹⁾ und Unterschriftenquorum²⁾ hinausgegangen waren. Die folgenden Entscheidungen des BVerfG hierzu lassen sich in zwei Gruppen einteilen: solche, die Verstösse gegen die Prinzipien der Chancengleichheit aller politischen Gruppen, des aktiven und passiven Wahlrechts und der Unmittelbarkeit der Wahl (Art. 3 I, 28 I GG) behandeln (Ziff.1) und solche, in denen die Verfassungsmässigkeit von Unterschriften- bzw. Stimmenquoten (Art.3 i.V.m. 21 GG) erörtert wird (Ziff.2).

1) § 6 IV BWG (5% Klausel) vgl. BVerfG 6/84 ff.

2) § 21 II, III BWG (Kreiswahlvorschläge)

I) Die Entscheidungen des BVerfG

1) Verstösse gegen Art.3 I, 28 I GG

a) Saarland (§ 25 II KWG)

Die Begünstigung politischer Parteien gegenüber den freien Wählervereinigungen war besonders deutlich in dem saarländischen Gemeinde- und Kreiswahlgesetz (KWG) vom 9.2.1960¹⁾ zum Ausdruck gekommen: nur sie konnten sich überhaupt an Kommunalwahlen beteiligen; die Aufstellung von Wahlvorschlägen war gem. 25 II KWG ausschliesslich ihnen vorbehalten.

Die Nichtigerklärung des § 25 II KWG bildete den Beginn einer ganzen Reihe von Entscheidungen, die die Verfassungswidrigkeit zahlreicher kommunaler Wahlgesetze deutlich gemacht haben. Die Besserstellung der politischen Parteien im vorliegenden Fall hat das BVerfG zum Anlass genommen, in einer Grundsatzentscheidung zu der Funktion politischer Parteien im kommunalen Bereich Stellung zu nehmen²⁾. Es kommt dabei zu dem Schluss, dass Art.21 GG keineswegs die ausschliessliche Beteiligung von politischen Parteien an Wahlen fordere; aus Art.28 I (i.V.m.Art.38 I) GG gehe vielmehr hervor, dass die kommunale Selbstverwaltung Aktivierung aller Beteiligten für ihre eigenen Angelegenheiten und damit zugleich eine Auslese der Kandidaten nach örtlichen Gesichtspunkten bedeute. Auf kommunaler Ebene stünden somit die "mehr ortsgebundenen" Wählergruppen den "mehr am Staatsganzen orientierten" Parteien gleich. § 25 II KWG verstösse gegen diese Grundsätze und sei deshalb nichtig³⁾.

1) ABl. 101

2) Entsch. vom 12.7.1960, Bd.11/266 ff.

3) a.a.O., 273, 275

b) Nordrhein - Westfalen (§§ 16 I S.1
und 2, 29 S.2 und 3 KWG)

Ähnlich wie im Saarland war auch die Lage in Nordrhein-Westfalen. Das Kommunalwahlrecht bestand aus einer Kombination von Mehrheits- und Verhältniswahlrecht. Die freien Wählergruppen konnten sich zwar an der Wahl beteiligen; die Aufstellung von Wahlvorschlägen für die Listenwahl (nach dem Verhältniswahlssystem) war jedoch nur politischen Parteien i.S. des Art.21 GG vorbehalten (§ 16 I S.1 und 2 des Gesetzes über die Kommunalwahlen -KWG- vom 21.6.1960¹⁾), so dass sie selbst auf die Nominierung von im Wege der Mehrheitswahl zu wählenden Kandidaten beschränkt blieben. Die Folge war, dass der Wähler, der für eine politische Partei stimmte, gleichzeitig damit die in dem Wahlbezirk aufgestellte Reserveliste dieser Partei gewählt hatte (§ 29 S.2 und 3 KWG)²⁾. Eine solche Wählerstimme hatte einen ungleich grösseren Erfolgswert als die Wählerstimme für eine freie Wählervereinigung; diese kam nur dann zum Zuge, wenn der betreffende Kandidat in seinem Wahlbezirk durch Mehrheitswahl gewählt wurde. Bei der Sitzverteilung nach den für die Listenvorschläge abgegebenen Stimmen fiel sie dagegen nicht ins Gewicht.

Diese Ungleichbehandlung der Wählerstimmen bedeutete nicht nur eine Verletzung des Prinzips der Chancengleichheit aller politischen Gruppen im kommunalen Bereich, sondern zugleich eine Beeinträchtigung der Gleichheit der Wahl, d.h. des aktiven und passiven Wahlrechts der Wähler bzw. der Kandidaten der freien Wählergruppen. Wenige Monate nach der Entscheidung zu § 25 II saarländ. KWG sind deshalb auch die §§ 16 I S.1 und 2, 29 S.2 und 3 KWG für nichtig erklärt worden³⁾.

1) GVBl. 187

2) Die Anzahl der sich aus den für die Reserveliste abgegebenen Stimmen wurde dann nach dem d'Hondt'schen Verfahren verteilt.

3) Entsch. vom 2.11.1960, Bd.11/351 ff. (362 ff.)

c) Schleswig - Holstein

Aus denselben, unter b) angeführten Gründen sind auch in Schleswig-Holstein zahlreiche Bestimmungen des kommunalen Wahlrechts dem Spruch des BVerfG zum Opfer gefallen. Es ging hierbei um das Wahlgesetz für Gemeinde- und Kreisvertretungen (GKWG) in seinen verschiedenen Fassungen vom 3.2.1951¹⁾, vom 29.1.1955²⁾ und vom 25.3.1959³⁾.

aa) Um mit der jüngsten Fassung zu beginnen: Entsprechend der Regelung in Nordrhein-Westfalen waren auch in Schleswig-Holstein nur die politischen Parteien berechtigt, Wahlvorschläge für die Listenwahl (nach dem Verhältniswahlssystem) einzureichen (§§ 11, 17 II GKWG); da hierdurch sowohl das aktive Wahlrecht des einzelnen Bürgers (ungleicher Erfolgswert der Stimmen, vgl. b) als auch das passive Wahlrecht⁴⁾ der für die freien Wählervereinigungen kandidierenden Bewerber verletzt bzw. erschwert wurde, mussten diese Vorschriften für nichtig erklärt werden⁵⁾.

Entsprechendes galt auch für die §§ 42 Abs. I und III, 48 Abs. I und II, 50 GKWG, wonach bei Ausscheiden eines Kandidaten einer politischen Partei automatisch der nächste Bewerber auf der Wahlliste nachrückte. Da zur Aufstellung von Zweitlisten ohnehin nur politische Parteien berechtigt waren, fielen die für die freien Wählervereinigungen abgegebenen Stimmen in diesen Fällen ebenfalls nicht ins Gewicht⁶⁾.

1) GVBl. 23

2) GVBl. 10

3) GVBl. 13

4) Hinsichtlich des passiven Wahlrechts verdient eine Entscheidung des BayVerfGH (Bd. 11/I/103 ff.) Erwähnung, durch die Art. 37 IV des Landeswahlgesetzes vom 11.8.1954 (Bay BS I/55) für nichtig erklärt wurde. Diese Vorschrift bestimmte, dass alle diejenigen, die zu Zuchthaus oder (wegen einer Vorsatztat) zu mehr als 1 Jahr Gefängnis bestraft worden waren, bei einer Landtagswahl nicht kandidieren konnten. Hierin hat der VerfGH einen Verstoß gegen Art. 14 II der Bay. Verfassung gesehen, wonach jedem über 25 Jahre alten Bürger das passive Wahlrecht garantiert ist; eine Ausnahme galt nur für diejenigen, gegen die auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt worden war.

5) BVerfG 13/1 ff. (13)

6) a.a.O.

In Gemeinden von 70 - 750 Einwohnern konnten Wahlvorschläge mit den Namen mehrerer Kandidaten überhaupt nur von politischen Parteien i.S. des Art. 21 GG eingereicht werden (§ 46 S.1 GKWG); die wahlberechtigten einzelnen Bürger dagegen blieben auf Einzelwahlvorschläge, d.h. auf die Nominierung von jeweils nur einem Bewerber beschränkt (§ 46 S.2 GKWG). Wurde nur ein Wahlvorschlag bzw. verschiedene Einzelwahlvorschläge mit insgesamt nicht mehr als sieben Bewerbern eingereicht und zugelassen, fand gar keine Abstimmung mehr statt, sondern diese sieben wurden dann vom Wahlausschuss für gewählt erklärt (§ 48 Abs.III und IV, sog. "Friedenswahlen"). Wie das BVerfG jedoch ausführte¹⁾, waren derartige "Friedenswahlen" gar keine echten Wahlen i.S. des Art. 28 I GG. Dort ist zwingend die Abhaltung einer Abstimmung vorgeschrieben; die Möglichkeit, durch Aufstellung und Duldung bestimmter Wahlvorschläge das Wahlergebnis vorwegzunehmen, ist -worauf das BVerfG nachdrücklich hingewiesen hat- kein Ersatz für die verfassungsrechtlich garantierte Ausübung des Stimmrechts. Die §§ 46, 48 III und IV GKWG wurden deshalb für nichtig erklärt.

bb) Ubrigens war ein Verstoß gegen die Grundsätze der unmittelbaren Wahl schon in dem alten GKWG aus dem Jahre 1951 festgestellt worden²⁾. § 38 III hatte nämlich vorgesehen, dass bei einem Ausscheiden von gewählten und Verzicht aller nachrückenden Kandidaten einer Wahlliste von der betreffenden politischen Partei Ersatzleute benannt werden konnten, die vorher nicht auf der Liste gestanden hatten und in diesem Fall als gewählt galten. Hier ging es also nicht um die Abhaltung einer Wahl als solcher, sondern um den Einfluss der Wähler auf die Aufstellung der einzelnen Kandidaten der politischen Parteien. Das BVerfG hat auch

1) a.a.O. 17

2) BVerfG 3/45 ff.

in § 38 III GKWG eine Verletzung des Art. 28 I GG gesehen: eine "unmittelbare" Wahl umfasse nicht nur die Wahl von bestimmten politischen Gruppen oder Parteien als ganze, sondern auch die Wahl von Kandidaten des persönlichen Vertrauens des einzelnen; die Person der Bewerber sei nämlich nicht ohne Einfluss auf den Wählerwillen. Bei Stimmabgabe müssten ihm deshalb zumindest ihre Namen bekannt sein. Die Möglichkeit, noch nach der Wahl Ersatzleute ohne Zutun des Wählers für "gewählt" erklären zu lassen, sei mit diesen Grundsätzen nicht vereinbar; § 38 III GKWG müsse deshalb für nichtig erklärt werden.

cc) Die daraufhin erfolgte Änderung des GKWG aus dem Jahre 1955 hatte aber wieder eine dem § 38 III GKWG 1951 ähnliche Bestimmung eingeführt: Gem. § 41 II konnte jetzt die Reihenfolge der auf der Wahlliste nachrückenden Bewerber bei Ausscheiden eines gewählten Kandidaten von der betreffenden politischen Partei noch nachträglich geändert werden. Auch hier war für den Wähler bei Stimmabgabe nicht voraussehbar, welcher Kandidat in einem solchen Falle nachrücken würde; § 41 II war damit ebenfalls wegen Verstosses gegen Art. 28 I GG nichtig.¹⁾

2) Verstösse gegen Art. 3 I i.V.m. 21 GG

Das Prinzip der Chancengleichheit aller politischen Gruppen und Parteien im Wahlkampf ist durch Art. 3 i.V.m. Art. 21, 38 GG verfassungsrechtlich garantiert. Damit ist jedoch keine schematische Gleichbehandlung gemeint. Das BVerfG hat sich verschiedene Male dazu geäußert²⁾, ob und inwieweit eine Differenzierung zur Erhaltung eines funktionsfähigen Parlaments zulässig sei.

1) BVerfG 7/77 ff. (81)

2) Bd. 3/19 ff., 6/84 ff.

a) Bundeswahlrecht (§§ 3 III, 26 I BWG)

Das Bundeswahlgesetz (BWG) vom 8.7.1953¹⁾ hatte die Startbedingungen für neue politische Parteien erheblich eingeschränkt. Nach § 26 I BWG mussten Wahlvorschläge von Parteien zur Bundestagswahl, die bisher nicht unterbrochen mit mindestens fünf Abgeordneten im Bundestag oder einem Landesparlament vertreten waren, von mindestens fünfhundert Wahlberechtigten eines Wahlkreises persönlich und handschriftlich unterzeichnet sein. Auf eine Verfassungsbeschwerde der damaligen GVP hin ist die Frage der Zulässigkeit von Unterschriftenquoren zum erstenmal in den Mittelpunkt der politischen und wissenschaftlichen Diskussion um das geltende Bundeswahlrecht gerückt worden. Unter dem Eindruck der Verhältnisse in der Weimarer Zeit wird die Frage heute allgemein bejaht.

Das BVerfG hatte schon 1953 in seiner Entscheidung zu § 26 I BWG²⁾ den Grundsatz aufgestellt, dass gegen bestimmte Quoren keine verfassungsrechtlichen Bedenken zu erheben seien, wenn sie die Entstehung von Splitterparteien verhindern sollten; sie müssten sich jedoch in dem durch Art. 3 GG gezogenen angemessenen Rahmen halten³⁾. Das Erfordernis von fünfhundert Unterschriften gehe jedoch über das zulässige Mass dessen, was man von einer politischen Partei als Nachweis der Ernsthaftigkeit ihres Wahlvorschlags verlangen könne, hinaus; die Startgleichheit der mit Aussicht auf Erfolg kandidierenden politischen Parteien sei damit nicht mehr gewährleistet. Ausserdem sei durch das in § 26 I BWG geforderte öffentliche Bekenntnis zu einem Wahlvorschlag schon vor der Wahl die Wahl dann auch keine geheime mehr (Art. 38 GG). § 26 BWG müsse deshalb wegen Verletzung der Art. 3 und 38 GG für nichtig erklärt werden⁴⁾. In dem neuen Bundeswahlgesetz vom 7.5.1956⁵⁾

1) BGBl. I/470

2) Bd. 3/19 ff.

3) als verfassungsmässige Quoren sind z.B. anerkannt: 1,5% der Wahlberechtigten für die nordrhein-westfälischen (BVerfG 3/393), als äusserste Grenze 2,2% für die bad.-württ. Kreiswahlvorschläge (BVerfG 4/386)

4) a.a.O. S.35

5) BGBl. I/383

ist dann das Quorum für bisher noch nicht parlamentarisch vertretene Parteien auf zweihundert Unterschriften reduziert worden (§ 21 II, III).

Im übrigen ist das BVerfG ausführlich auf die Entstehung des -jetzt verfassungswidrigen- Quorums in § 26 I BWG a.F. eingegangen. Es stamme noch aus der Wahlkreiseinteilung der Weimarer Zeit und sei von dort in das BWG übernommen worden; damals hätten noch Wahlkreise mit durchschnittlich 1,4 Millionen Wahlberechtigten bestanden, so dass es leichter gewesen sei, die erforderlichen fünfhundert Unterschriften beizubringen; heute dagegen seien die Wahlkreise auf 242 erhöht und damit die Anzahl der Wahlberechtigten pro Wahlkreis auf ca. 140 000 zurückgegangen. Dies bedeute gleichzeitig eine Verringerung der Chance, die notwendigen Stimmen zusammenzubringen.

Die bisher geltende, aus dem Jahre 1949 stammende Wahlkreiseinteilung entsprach aber aufgrund der inzwischen eingetretenen Bevölkerungsverschiebungen ebenfalls nicht mehr den Grundsätzen einer gleichen Wahl. Das BVerfG hat im Jahr 1963 die Feststellung getroffen¹⁾, dass die zulässige Toleranzgrenze des § 3 III BWG, eine Abweichung bis zu 33 1/3% von der durchschnittlichen Bevölkerungszahl in den einzelnen Wahlkreisen, am 1.1.1962 in 37 Wahlkreisen überschritten worden war. Von einer Nichtigerklärung der Wahlkreiseinteilung wurde nur deshalb abgesehen, weil nach Ansicht des BVerfG die Bevölkerungsverschiebung innerhalb der Wahlkreise zu dem vom BVerfG für massgebend angesehenen Zeitpunkt der vierten Bundestagswahl (17.9.1961) fliessend war und somit nicht genau festgestellt werden konnte, wann der verfassungsmässige in den verfassungswidrigen Zustand übergegangen war. Es fehlte somit an der notwendigen Evidenz, um die Wahlkreiseinteilung schon zu diesem Zeitpunkt für verfassungswidrig zu erklären. Sicher war nur, dass der verfassungswidrige Zustand zwischen dem 17.9.1961 und dem 1.1.1962 eingetreten

1) Entsch. vom 22.5.1963, NJW 63/1600

sein musste und am 1.1.1962 erstmals offen zutage trat. Der Gesetzgeber wurde deshalb aufgefordert, noch in der laufenden Legislaturperiode Sorge für die Schaffung annähernd gleich grosser Wahlkreise zu tragen. Dies ist inzwischen durch das Gesetz zur Änderung des BWG vom 14.2.1964¹⁾ geschehen.

b) Landeswahlrecht (§ 3 I Landeswahlgesetz Schlesw.Holstein)

Ging es in § 26 I BWG um die Zulässigkeit eines Unterschriftenquorums, stand diesmal die Verfassungsmässigkeit eines Stimmenquorums zur Diskussion.

Schleswig - Holstein hatte das noch im alten Landeswahlgesetz²⁾ festgelegte Stimmenquorum von 5% durch § 3 I des neuen Landeswahlgesetzes aus dem Jahre 1951³⁾ auf 7,5% erhöht; das bedeutete, dass alle Parteien, denen es bei der vorigen Wahl nicht gelungen war, wenigstens einen Kandidaten durch Mehrheitswahl durchzubringen, bei einer erneuten Landtagswahl nur Erfolg haben konnten, wenn sie mindestens 7,5% aller abgegebenen Stimmen erreicht hatten. Auf eine Verfassungsbeschwerde des Südschleswigen Wählerverbandes (SSW) hin hat das BVerfG entschieden, dass diese Erhöhung des Stimmenquorums über den gemeindeutschen, verfassungsgesetzlich zulässigen Satz von 5 %⁴⁾ hinausgehe und deshalb das angemessene Mass der durch Art. 3 GG erlaubten Ungleichbehandlung neuer politischer Parteien nicht mehr einhalte. § 3 I des Landeswahlgesetzes wurde kaum ein halbes Jahr nach seinem Inkrafttreten für nichtig erklärt⁵⁾.

1) BGBl. I/61

2) vom 27.2.1950 (GVBl.77)

3) vom 22.10. (GVBl.180)

4) die 5% Klausel des § 6 IV BWG 1956 hatte das BVerfG ausdrücklich für verfassungsmässig erklärt (Bd.6/84 ff.)

5) Bd. 1/208 ff.

c) Kommunalwahlrecht (§ 19 IX NKWG)

In Niedersachsen waren neuen politischen Gruppen auch im kommunalen Bereich erschwerte Startbedingungen auferlegt. Das Gemeinde- und Kreiswahlgesetz vom 23.5.1960 i.d.F. vom 27.8.1960¹⁾ (NKWG) sah vor, dass für die Zulassung von Wahlvorschlägen bisher nicht parlamentarischvertretener Parteien eine je nach Einwohnerzahl der betreffenden Wahlbezirke verschiedene Anzahl von Unterschriften vorgelegt werden musste; für Wahlvorschläge politischer Parteien, die bereits im Bundes- oder Landtag vertreten waren, genügte dagegen die Unterschrift des für das Wahlgebiet zuständigen Parteiorgans (§ 19 Abs.8 und 9 NKWG).

Das BVerfG hat hier noch einmal wiederholt²⁾, dass zwar die Aufstellung von Stimmen- oder Unterschriftenquoren im Bundes-³⁾, Landes-⁴⁾ oder Kommunalwahlrecht⁵⁾ grundsätzlich nicht zu beanstanden sei⁶⁾. Die Gleichheit der Wahl müsse aber auch in diesen Fällen gewährleistet sein. Wenn Befreiung von einem solchen Quorum gewährt werde, dürfe sie nicht nur auf die bisher im Bundes- oder Landesparlament vertretenen Parteien beschränkt bleiben, sondern müsse sich auf alle Gruppen erstrecken, die die Ernsthaftigkeit ihres Wahlvorschlages durch Erfolge in einer vorhergegangenen Wahl unter Beweis gestellt hätten; hierunter falle auch eine kommunale Wahl⁷⁾. § 19 IX NKWG hätte somit allen denjenigen Parteien die geforderte Zahl von Unterschriften erlassen sollen, die in der letzten Kommunalwahl erfolgreich gewesen waren. Die jetzige Fassung des § 19 IX sei jedenfalls verfassungswidrig und somit nichtig. Ausserdem verletze sie auch noch das passive Wahlrecht der Kandidaten der freien Wählervereinigungen, da sie sich nur bei Erreichung der notwendigen Unterschriften aufstellen lassen könnten.

1) GVBl. 229 2) Bd.12/10 ff. 3) BVerfG 3/19 ff.(27 ff.)

4) BVerfG 3/383 ff.(398) (100 Unterschr.bei Kreiswahlen zulässig) 5) BVerfG 6/121 ff.(130)

6) Zur Zulässigkeit von Unterschriftenquoren im Landesrecht vgl.auch Hess.StGH, Hess.StAnz.50/Nr.22, Beilage 4 (Heft 13), BayVerfGH 6 II/65 ff., 13 II/1 ff.(5)

7) BVerfG 12/10 ff. (26 ff.)

II) Die Folgen der Entscheidungen

Bei der Frage, wie sich die Nichtigerklärung der oben erwähnten Wahlvorschriften auf die Praxis ausgewirkt hat, sind es vor allem zwei Dinge, die interessieren: erstens, ob dadurch auch die nach diesen Vorschriften abgehaltenen Wahlen ungültig sind und wiederholt werden müssen, und zweitens, was mit den von so "gewählten" Organen erlassenen Massnahmen und Beschlüssen geschehen und welcher Rechtsstatus diesen Organen selbst zuerkannt werden soll.

1) Ungültigkeit der Wahlen?

Hier ist zunächst zu untersuchen, ob das positive Recht irgendwelche Anhaltspunkte bietet. In Betracht kommt vor allem

a) das formelle Wahlprüfungsrecht,

wie es im GG selbst, dem Bundeswahlgesetz und dem Bundeswahlprüfungsgesetz¹⁾ niedergelegt ist. Gem. Art.41 Abs.1 GG ist die Wahlprüfung²⁾ Sache des Bundestags. Das aufgrund des Abs.3 erlassene Wahlprüfungsgesetz präzisiert in § 1 diese Regelung ("über die Gültigkeit der Wahlen zum Bundestag entscheidet... der Bundestag") und fährt dann fort: "Soweit eine Wahl für ungültig erklärt wird, sind die sich hieraus ergebenden Folgerungen festzustellen..." § 44 BWG ordnet an, dass eine Wahl zu wiederholen ist, wenn sie ganz oder teilweise für nichtig erklärt wurde. Sowohl Bundeswahlprüfungsgesetz als auch BWG schweigen jedoch darüber, unter welchen Voraussetzungen eine Wahl für nichtig erklärt werden kann oder muss. Gibt es andere Normen des positiven Rechts, die Aufschluss geben können?

1) BGBl. 51 I/166

2) zum formellen Wahlprüfungsrecht ausführlich Seifert, S. 322 ff., Nass S. 128 ff., 179, 193

b) Die Anwendbarkeit des § 79 II BVerfG

bei der Nichtigerklärung von Wahlgesetzen wird jedoch in der Rechtsprechung nicht einmal erwogen und von dem Überwiegenden Teil des Schrifttums¹⁾ auch abgelehnt; nur Henrichs²⁾ versucht die Aufrechterhaltung von Wahlen aufgrund nichtiger Wahlgesetze mit Hilfe des § 79 II BVerfGG damit zu begründen, dass auch Wahlen Staatsakte³⁾ seien, die selbst bei Wegfall ihrer Grundlage nicht ohne weiteres unwirksam sein könnten; er knüpft dabei an W. Jellineks Lehre vom fehlerhaften Staatsakt⁴⁾ an und folgert aus den dort entwickelten Grundsätzen, dass die Wahlen trotz verfassungswidriger Wahlbestimmungen zunächst⁵⁾ wirksam bleiben müssten, da sie als "staatsrechtliches Faktum" eben doch vorhanden, existent seien.

Nun erscheint es schon sehr zweifelhaft, ob Wahlen überhaupt unter den Begriff der "Staatsakte", unter den Begriff der Willensäußerungen des Staates gegenüber den einzelnen Bürgern, so wie er von W. Jellinek entwickelt wurde, fällt. In seiner einleitenden, sehr ausführlichen Untersuchung und Darstellung über Begriff und Arten der Staatsakte sind jedenfalls Wahlen nicht aufgeführt. Vor allem aber spricht der nur auf Einzelfallentscheidungen abgestellte Wortlaut des § 79 II BVerfGG gegen die Ansicht von Henrichs. Wahlen sind eben keine Einzelakte⁶⁾; deshalb geht auch der Umkehrschluss, wenn schon Verwaltungsakte gem. § 79 II BVerfGG wirksam blieben, müsste dies umsomehr für Wahlen gelten, fehl. Hätte man den Anwendungsbereich des § 79 BVerfGG weiter fassen wollen, wäre mit Sicherheit ein anderer Ausdruck als "Entscheidungen" ("Vollstreckung", "Unanfechtbarkeit" etc.) verwendet worden. Auch die Berufung auf einige Urteile aus der Weimarer Zeit⁷⁾ kann die Auffassung von Henrichs nicht

1) vgl. statt vieler Kneser 179, Thürk 795 ff.

2) 1746 ff.

3) vgl. W. Jellinek, Allg. Staatslehre, S. 578 ff., Schelcher 116

4) Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen, 46

5) bei offenkundiger Verfassungswidrigkeit sollen dagegen die Wahlen ebenfalls ungültig sein

6) vgl. Geiger, § 79, 2, und DRiZ 51/175, Pfeiffer 275, Knoll 358

7) ProVG 20/9 ff. (13), Beyer 33, StGH RGZ 123 Anh.

stützen, da es sich dabei nur um die Gültigkeit von Beschlüssen und Massnahmen handelte, die die aufgrund der verfassungswidrigen Wahlvorschriften gewählten Organe erlassen hatten, während die Wahlen selbst für ungültig erklärt worden waren. Schon von daher wird also die Ansicht widerlegt, zur Aufrechterhaltung einer Wahl gem. § 79 II BVerfGG genüge ein Rechtstitel, "ganz gleich aufgrund welchen Gesetzes und aufgrund welchen Verfahrens".¹⁾ Ungültige Wahlen können keinen Rechtstitel darstellen, selbst wenn man ihnen noch einen gewissen Rechtsschein um ihrer tatsächlichen Existenz willen zuerkennen wollte. Nach der heutigen Auffassung, insbesondere der des BVerfG²⁾, können aber Wahlen aufgrund verfassungswidriger Bestimmungen nicht einmal "vollendete Tatsachen" schaffen. Die "Faktizität" solcher Wahlen kann deshalb in keiner Weise irgendwelche "normative Kraft" i.S. eines "Rechtstitels" enthalten³⁾.

c) Das materielle Wahlprüfungsrecht

Da das positive Recht für die Wirkungen verfassungswidriger Wahlgesetze auf Wahlen nicht herangezogen werden kann, muss man versuchen, ob sich aus den von Rechtsprechung und Schrifttum entwickelten Grundsätzen des materiellen Wahlprüfungsrechts⁴⁾, eines der seltenen Fälle "zusammenhängenden Gewohnheitsrechts"⁵⁾, eine Lösung ergibt.

Ein erster Blick auf das vorliegende Material zeigt allerdings, dass sich Gerichte und Autoren speziell mit nichtigen Wahlgesetzen nur wenig beschäftigt haben; die Fragen sind zudem vielfach umstritten.

1) Henrichs, 1749, unter Berufung auf ProVG 31/108, 40/168, 66/103

2) Bd.11/108, 306

3) anders z.B. bei formell ordnungsgemässen, aber materiell unrichtigen Urteilen

4) zur historischen Orientierung: in der Weimarer Zeit entschied ein besonderes Wahlprüfungsgericht über die Gültigkeit einer Reichstagswahl (vgl. Kaisenberg, S.402 ff., Hatschek 99 ff., W.Jellinek, Verfassung u. Verwaltung, 63, Ball, 33, 56, 75, 91, 159, 163, 203, 239). Heute ist der BT selbst Wahlprüfungsgericht (§ 1 Wahlprüf.ges.). Er kann ausserdem einen Bewerber für gewählt erklären, falls die Wahl eines Abgeordneten ungültig ist (sten.Ber.1. Wahlper.Bd.13, 13 822 B)

5) Maunz-Dürig, 24, 41, Seifert 196

aa) Die eine Auffassung¹⁾, insbesondere in der neueren Rechtsprechung²⁾, neigt dazu, die Nichtigkeit von wahlrechtlichen Bestimmungen nicht als einen Tatbestand sui generis, sondern als einen (schweren) Wahlfehler anzusehen, der wie sonstige Verletzungen von (gültigen) Wahlgesetzen zu behandeln ist. Die Anwendung ungültiger, d.h. verfassungswidriger Bestimmungen wird damit der Nichtbeachtung gültiger Normen gleichgestellt³⁾; dies gilt insbesondere für deren Auswirkung auf die Wahlen. Nach der h.M. der Verwaltungsrechtsprechung machten nämlich Verstösse gegen Wahlbestimmungen bei der Wahlvorbereitung oder während der Abstimmung eine Wahl nur dann ungültig, wenn nicht auszuschliessen war, dass der Wahlfehler einen konkreten Einfluss auf das Wahlergebnis gehabt hatte⁴⁾. Eine Nichtigkeit der Wahl ipso jure war damit von vornherein ausgeschlossen, -auch wegen der Gleichbehandlung von Verstössen gegen gültiges mit der Anwendung ungültigen Wahlrechts- wenn der Wahl verfassungswidrige Vorschriften zugrunde lagen. Einige Verwaltungsgerichte⁵⁾ haben sogar ausdrücklich festgestellt, dass es im (Kommunal-) Wahlrecht nun gar keine Nichtigkeitsgründe mehr gebe, da verfassungswidrige Bestimmungen in Wahlgesetzen unter den allgemeinen Oberbegriff des "Wahlfehlers" fielen⁶⁾. Die Auswirkungen von Wahlfehlern sind dabei verschiedenen, je nachdem ob es sich um "schwere" oder "leichte" Wahlfehler handelt. Z.B. werden Verstösse gegen wesentliche Bestimmungen, wie Geheimhaltung der Abstimmung, oder die Aufstellung verfassungswidriger Unterschriftenquoren⁷⁾ regelmässig als so schwere Wahlfehler angesehen⁸⁾, dass die Wahl

1) Seifert 334, Bonner Komm., Art.100, II, 11

2) Hess.VGH DVBl.51/153, OVG Münster OVG 14/257 ff.(259), OVG Lüneburg a.a.O. 387 ff.(395)

3) eine Parallele bildet die Gleichbehandlung von "gesetzeslosen" und sonstigen fehlerhaften VA(vgl. Teil 1, Abschn. 3, I)

4) z.B. OVG Münster, DVBl.59/864, OVG Koblenz ASRhPf.3/394, BayVGh NF 2/63 u. DOV 50/508, Bad. Württ. VGh ESVGH 9/92 u. 14/11 ff., VGh Freiburg Bad. Württ. VBl.58/64 ff., 173 ff., VG Wiesbaden DOV 49/419

5) OVG Lüneburg a.a.O., OVG Münster OVG 14/ a.a.O.

6) Wahlen sind somit "Streitigkeiten des öff. Rechts" i.S. der §§ 40 ff. VGO, für die die VG zuständig sind.

7) z.B. § 33 II S.3 Hess. Kreiswahl 1048

8) OVG Münster a.a.O., 262, Hess.VGH VerwRspr. 1/331 ff.

ohne weiteres für ungültig zu erklären ist. Ungültigkeit der Wahl soll weiter eintreten bei schweren Verletzungen des Verfahrensrechts -wegen des wahrscheinlichen Einflusses auf das Wahlergebnis- oder bei Anwendung verfassungswidriger Bestimmungen, von denen die Sitzzuteilung abhängig ist (z.B. Ausschluss der freien Wählervereinigungen von der Teilnahme an der Verhältniswahl)¹⁾; leichtere Wahlfehler aufgrund verfassungswidriger Bestimmungen, z.B. über die Stimmenerrechnung, sollten dagegen durch Aufhebung und Neu-feststellung des Wahlergebnisses reparabel sein²⁾.

Das Problem, ob eine Wahl aufgrund verfassungswidriger Wahlgesetze ipso jure ungültig sei oder ob erst der konkrete Einfluss der verfassungswidrigen Bestimmungen auf das Wahlergebnis nachgewiesen werden müsse, ist seit eh und je umstritten. Schon Apelt³⁾ und W.Jellinek⁴⁾ hatten diesen Nachweis -im Gegensatz zu dem damaligen StGH für das Deutsche Reich-⁵⁾ gefordert, weil sie aus Gründen der Rechtssicherheit glaubten, solche Wahlen aufrechterhalten zu müssen, und weil es wohl auch der Auffassung der Lehre in dieser Zeit schwer vorstellbar erschien, ein derartiges "Faktum" so ohne weiteres für rechtlich unbeachtlich zu erklären. Aber selbst W.Jellinek musste zugeben⁶⁾, dass man sich voraussichtlich damit begnügen müsse, eine gewisse Wahrscheinlichkeit des Einflusses auf das Wahlergebnis festzustellen; der konkrete Nachweis dürfte in der Praxis ohnehin kaum zu erbringen sein.

Abgesehen von diesen Beweisschwierigkeiten wäre aber auch nicht der Rechtssicherheit gedient, wenn bei jeder Wahl zuerst festgestellt werden müsste, ob und inwiefern die verfassungswidrigen Bestimmungen einen Einfluss auf das Wahlergebnis ausgeübt haben. Niemand würde wissen, ob die Wahl gültig bleibt oder wiederholt werden muss; Rechtsunsicher-

1) vgl. Seifert a.a.O., Kneser 179

2) vgl. Württ.StGH, Lammers-Simons, III, 280 ff.

3) 121 ff. 4) AöR/138 u.HdbDStR I/630

5) RGZ 123/Anh. 13 ff.

6) HdbDStR a.a.O. Sein Vorschlag, die durch Wahlfehler verursachten ungültigen Stimmen auf die Parteien nach ihrem Stärkeverhältnis zu verteilen, ist bei Wahlen aufgrund nichtiger Vorschriften -eine Art Aufteilung des "Fehlers"- kaum zu realisieren.

heit würde jedenfalls so lange bestehen, wie so allgemein gehaltene Begriffe wie "schwerer Wahlfehler" oder "gravie-render Einfluss" verwendet werden. Überdies wäre die Ent-scheidung über Gültigkeit und Ungültigkeit der Wahlen in die Hände der Wahlprüfungsinstanzen gelegt, die zum Teil in eigener Sache entscheiden sollen¹⁾ und deshalb wider-sprechende Auffassungen, ob ein "schwerer Wahlfehler" vor-liegt oder nicht, oder von wahlpolitischen oder persönli-chen Erwägungen bestimmte Entscheidungen wohl nicht in al-len Fällen ausschliessen können. Die Frage der zuständigen Gremien ist überdies noch nicht durchweg geklärt; für den Bund ist es gem. § 1 Wahlprüfungsgesetz der Bundestag in seiner Eigenschaft als Wahlprüfungsgericht, für die Gemein-den sind -nach Ansicht der Rechtsprechung²⁾ die Verwal-tungsgerichte zuständig³⁾; für die Länder fehlt es z.T. noch an entsprechenden Regelungen⁴⁾.

Es ist überhaupt zweifelhaft, ob die Gleichsetzung ver-fassungswidriger Wahlbestimmungen mit sonstigen Wahlfehlern gerechtfertigt werden kann. Ist es nicht ein grundsätzli-cher Unterschied, ob eine Vorschrift nichtig oder lediglich falsch angewendet worden ist? Zudem bedeuteten alle bisher für nichtig erklärten Wahlvorschriften ohnehin schwere "Wahlfehler", weil ihr Einfluss auf die einzelnen Wahlen offenkundig war, sodass die Unterscheidung zwischen schwe-ren und leichten Wahlfehlern ihren Sinn verloren hat⁵⁾. Man könnte allerdings sagen, dass aus Gründen der Praktika-bilität und Einfachheit Wahlen im kommunalen Bereich erst dann ungültig sein sollten, wenn dies nicht mehr zu vermei-den ist, d.h. wenn die nichtigen Bestimmungen tatsächlich das Wahlergebnis beeinflusst haben.

Einige Verwaltungsgerichte wollen aus diesem Grund die

- 1) vgl. §§ 1 Wahlprüf.ges., 44 BWG (Seifert 196, 337)
- 2) vgl. OVG Münster OVG 14/257 ff.(259), OVG Lüneburg a.a.O. vgl. OVG Koblenz ASRhPf. 2/187
- 3) auf Klage gegen Entsch. der Aufsichtsbehörde
- 4) Thürk a.a.O. hält die Errichtung von Wahlprüfungsinstan-zen für verfassungswidrig, da dies der nachträglichen Errichtung einer ad hoc Instanz gleichkommen würde.
- 5) ebenso, wenn man wie das OVG Koblenz (ASRhPf.2/228). immer einen Nachweis des Einflusses mit "mathematischer Sicherheit" verlangt.

Wahlprüfung im kommunalen Bereich dem Verwaltungsrecht zurechnen, im parlamentarischen Bereich (d.h. Bundes- und Landtagswahlrecht) dagegen dem Verfassungsrecht¹⁾. Bei Verstössen gegen die Verfassung sollen parlamentarische Wahlen automatisch ungültig, kommunale Wahlen dagegen nur unter bestimmten Voraussetzungen ungültig sein. Es fragt sich jedoch, ob es einen sachlichen Grund dafür gibt, dass Wahlen aufgrund verfassungswidriger Bestimmungen im kommunalen Bereich eine grössere Bestandskraft geniessen sollen als Bundes- oder Landtagswahlen (s.u. bb). Auch Kommunalwahlen sind letztlich parlamentarische Wahlen; auch die Vertretungen der Gemeinden müssen in freier, gleicher, unmittelbarer und geheimer Wahl unter Wahrung des Grundsatzes der Chancengleichheit aller politischen Gruppen (Art. 3, 21 I, 28 I GG) gewählt werden. Kommunale Wahlgesetze werden, wie die Entscheidungen des BVerfG gezeigt haben, nach den gleichen Massstäben wie Bundes- und Landeswahlgesetze beurteilt. Ist hier rechtlich aber eine völlige Gleichbehandlung von "parlamentarischem" und "kommunalem" Wahlrecht zu beobachten, so können auch die Auswirkungen verfassungswidriger Bestimmungen nicht ungleich sein. Insbesondere können hier Erwägungen finanzieller und technischer Art, sich u.U. die Wiederholung einer Wahl zu ersparen, keinen Platz finden.

bb) Deshalb kann man bei den Folgen nichtiger Wahlgesetze nicht jeweils auf die Schwere des Verfassungsverstosses abstellen; vielmehr muss dann die gesamte Wahl ungültig sein²⁾, ohne dass es noch eines Nachweises bedürfte, ob und inwieweit sich die nichtige Vorschrift auf das Wahlergebnis ausgewirkt hat. Den besten Beweis hierfür liefert die Praxis selbst: schon in der Weimarer Zeit hatten zahlreiche Urteile festgestellt, dass nichtige Wahlgesetze automatisch die Wahl ungültig machten³⁾. Vor allem ist hier der StGH für das Deutsche Reich zu nennen, der in zwei berühmten Entscheidungen aus den Jahren 1928/29 wegen verfassungswidri-

1) OVG Lüneburg a.a.O., vgl. auch OVG Münster a.a.O.

2) Thürk a.a.O.

3) vgl. z.B. PrOVG 20/9 ff.(13), 66/103 ff., 67/122 ff. Beyer a.a.O., 31/108 ff., 40/168, a.A. BayStGH, Lammers-Simons IV/331 f.

gen Landeswahlrechts mit "rechtlicher Notwendigkeit" die Ungültigkeit der betreffenden Landtagswahlen ausgesprochen hatte¹⁾, gegen die dann Apelt²⁾, Schelcher³⁾ und W.Jellinek⁴⁾ so heftig Stellung genommen haben. Noch vor Erlass des BVerfGG hatte das OVG Koblenz im Falle einer nichtigen Norm des Kommunalwahlrechts⁵⁾ ausdrücklich und unter Berufung auf die obigen Entscheidungen des StGH festgestellt⁶⁾, dass eine Prüfung, wie sich die Norm konkret auf das Wahlergebnis ausgewirkt habe, nicht erfolgen dürfe⁷⁾; die erschütterte verfassungsmässige Ordnung müsse wiederhergestellt und dürfe nicht aus Gründen des Rechtsfriedens und der Rechtssicherheit hingenommen werden⁸⁾.

Vor allem aber geht das BVerfG selbst von der schon von dem StGH vertretenen Ansicht, dass verfassungswidrige Wahlgesetze zur Ungültigkeit von Wahlen führten, aus. In keiner seiner Entscheidungen war die Rede davon, dass nach der Nichtigerklärung zunächst festzustellen sei, inwieweit die betreffende Wahl durch die verfassungswidrige Bestimmung beeinflusst worden war. In zwei Verfahren über Anträge, eine einstweilige Anordnung (§ 32 BVerfGG) zur Aussetzung der Wahl vor der Nichtigerklärung des § 25 II KWG Saar⁹⁾ und § 19 IX KWG Niedersachsen¹⁰⁾ zu erlassen, hat das BVerfG darauf hingewiesen, dass im Fall der Nichtigerklärung die Wahl ohnehin ungültig sei und wiederholt werden müsse. Dieser Grundsatz muss auch für Bundes-¹¹⁾ und Landtagswahlen Anwendung finden. Abschliessend lässt sich also feststellen: verfassungswidrige Wahlbestimmungen führen in jedem Fall zur Ungültigkeit der auf ihrer Grundlage durchgeführten Wahlen, ohne dass deren Einfluss auf sie nachgewiesen werden müsste und ohne dass ein Unterschied zwischen Bundes-, Landes- oder Kommunalwahlrecht zu machen ist.

-
- 1) RGZ 118/Anh.22(Mecklenburg-Strelitz) und RGZ 123/Anh.13 (Sachsen), insbes. Teil VI der Gründe; vgl. auch RGZ 122/306
2) a.a.O. 3) a.a.O. 4) AöR 15/99 ff.
5) vgl. VerfGH RhPf. ASRhPf. 2/159 6) ASRhPf. 2/187 ff.
7) Leits. 8 8) 198 ff. 9) Bd.11/102 10) Bd.11/306
11) dies liesse sich auch aus BVerfG NJW 63/1600 schliessen, wo das BVerfG die Nichtigerklärung der BT Wahl 1961 dadurch vermeiden konnte, dass es die Verfassungswidrigkeit der Wahlkreiseinteilung erst ab 1.1.62 festgestellt hat.

2) Ungültigkeit der Beschlüsse von
aufgrund verfassungswidriger Bestimmungen
gewählten Organen? - Rechtsstatus dieser Organe

Führen verfassungswidrige Wahlgesetze zur Ungültigkeit der auf ihrer Grundlage durchgeführten Wahlen, so liegt es nahe, auch Massnahmen und Beschlüssen der gewählten Organe jegliche Wirksamkeit abzusprechen. Das würde bedeuten, dass z.B. sämtliche Gesetze eines Parlaments, sämtliche Anordnungen und Beschlüsse eines Gemeinderats oder eines Bürgermeisters nichtig und unbeachtlich sein müssten, wenn diese Organe ihre Existenz verfassungswidrigen Wahlvorschriften verdanken. Es bedarf jedoch keiner weiteren Begründung, dass derartige Konsequenzen praktisch undurchführbar sind, besonders wenn die gewählten Körperschaften schon jahrelang amtiert haben, ehe das fragliche Wahlgesetz für nichtig erklärt worden ist; die Folge wäre ein Rechtschaos bei den Legislativ- und Exekutivorganen, nicht zuletzt auch bei den einzelnen Bürgern. Auch hier muss Rechtssicherheit oberstes Gebot sein; aber während sie bei verfassungswidrigen Wahlen einheitlich Ungültigkeit fordert, scheint sie hier von vornherein für die Wirksamkeit der von den gewählten Organen erlassenen Massnahmen zu sprechen.

aa) Schon das preussische Oberverwaltungsgericht hat diesen Weg eingeschlagen und von Anfang an festgestellt¹⁾, dass Beschlüsse von Gremien, die in verfassungswidriger Weise gewählt worden waren (meist handelte es sich um Stadtverordnetenversammlungen) aus Gründen der Rechtssicherheit bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Ungültigkeit der Wahl wirksam bleiben müssten; implicite ist damit zugleich diesen Gremien Rechtsstatus zuerkannt, eine Folgerung, die zwingend war, weil von Nicht-Vertretungskörperschaften keine wirksamen Beschlüsse hätten ausgehen können. Indirekt ist dies auch vom Oberverwaltungsgericht bestätigt worden, indem es die Auflösung dieser Gremien, d.h. den Mandatsverlust der verfassungswidrig gewählten Gemeindevertreter eben-

1) Bd. 20/9 ff. (13), 40/168, 66/103 ff., 67/122 ff.

falls erst mit der Entscheidung über die Ungültigkeit der Wahl eintreten lassen wollte¹⁾. Diese Rechtsprechung hat dann der StGH für das Deutsche Reich weiterverfolgt: auch er hatte die Beschlüsse verfassungswidrig gewählter Landtage für wirksam erklärt, solange nicht die Ungültigkeit der Wahl festgestellt worden war²⁾. Daran hat sich auch in der neueren Rechtsprechung nichts geändert³⁾. Das BVerfG ist im Südweststaaturteil⁴⁾ von denselben Grundsätzen ausgegangen, als es den nach dem 1. Neugliederungsgesetz gewählten Landtagen von Baden und Württemberg-Hohenzollern die Befugnis zu rechtlich wirksamem Handeln für die Zukunft absprach, alle ihre "Massnahmen und Beschlüsse" in der Vergangenheit jedoch für wirksam erklärte. Weitere Anhaltspunkte finden wir noch in einer Entscheidung des BVerfG zum Kommunalwahlrecht⁵⁾; danach sollten für den Fall, dass die fragliche Wahlvorschrift⁶⁾ für nichtig erklärt würde, die gewählten Vertreter in den Gemeinderäten und Kreistagen mit der Entscheidung des BVerfG ihre Mandate verlieren, die Gemeinderäte und Kreistage selbst aufgelöst sein. Bis dahin seien jedoch alle ihre Handlungen rechtswirksam, denn niemand dürfe sich auf die Nichtigkeit der betreffenden Vorschrift berufen.

Nach der Entscheidung des BVerfG können also die gewählten Körperschaften in Zukunft nicht mehr wirksam handeln; welcher Rechtszustand sollte aber dann bis zur Wiederholung der Wahl gelten? Wer sollte in der Zwischenzeit Gesetze und Beschlüsse erlassen, die Gemeindeverwaltung führen, über politische oder wirtschaftliche Fragen entscheiden?

Das BVerfG hat für diesen Fall die Ansicht vertreten⁷⁾, dass im kommunalen Bereich die alten Körperschaften, d.h.

1) z.B. Bd. 31/108 ff.

2) RGZ 118/Anh.22, 123/Anh.24; so auch BayStGH a.a.O. 340

3) so schon OVG Koblenz a.a.O. 198,202; ähnlich (für den Fall einer für verfassungswidrig erklärten Partei) auch OVG Münster DOV 57/151

4) Bd. 1/14 ff. (38 ff.) 5) Bd. 3/41 ff.(45)

6) es handelte sich um Art.29 des bad.württ.Gesetzes zur vorläufigen Angleichung des Kommunalwahlrechts (GAK) vom 13.7.53 (OB1.97)

7) a.a.O.

die alten Gemeinderäte und Kreistage, wieder in ihr Amt eintreten würden, sobald es die Wahlvorschriften, auf deren Grundlage die jetzt aufgelösten Kommunalparlamente gewählt worden seien, für nichtig erklärt habe. Diese Theorie des Eintritts von Ersatzkörperschaften erscheint jedoch zweifelhaft, schon deswegen, weil dadurch eine stillschweigende Mandatsverlängerung ohne Wahl herbeigeführt würde. Eine Überbrückung der "parlamentslosen Zeit" ist zwar auf jeden Fall erforderlich. Dann aber wäre es praktikabler und auch in rechtlicher Hinsicht vertretbarer, wenn bis zur Wiederholung der Wahl der Bürgermeister die Angelegenheiten der Gemeinde sozusagen in Vertretung des durch die Entscheidung des BVerfG aufgelösten Gemeindeparlaments¹⁾ wahrnehmen würde. Eine Unterstützung dieser Ansicht liesse sich auch aus dem Gesetz selbst herleiten, denn nach § 43 IV GemO Bad.Württemberg entscheidet "in dringenden Angelegenheiten... der Bürgermeister an Stelle des Gemeinderats".

Auf den Bereich der eigentlich parlamentarischen Wahlen kann die Ansicht des BVerfG noch weniger übertragen werden. Man stelle sich vor, die Wahlkreiseinteilung aufgrund des § 3 II Bundeswahlgesetz sei nicht erst zum 1.1.1962, sondern schon bereits zum Zeitpunkt der letzten Bundestagswahl im September 1961 für verfassungswidrig erklärt worden. Da dem Spruch des BVerfG Gesetzeskraft zukommt, wäre damit auch der Bundestag aufgelöst gewesen. Schon aus praktischen Gründen wäre es unmöglich gewesen, die in der Bundestagswahl 1957 gewählten Abgeordneten wieder einzuberufen, um so dem Bundestag von 1957 die Rolle eines anstelle des Bundestags von 1961 tretenden funktionsfähigen Parlaments zuzuerkennen. Dies liefe ausserdem darauf hinaus, die 1961 abgelaufenen Mandate automatisch wieder aufleben zu lassen, ein Ergebnis, das einen schweren Verstoss gegen die Art. 3, 20, 38 GG darstellen würde. Als einzige realitätsbezogene Lösung bleibt nur, die bis zu der Wiederholung der Wahl bestehende parlamentslose Zeit dem Rechtszustand gleichzu-

1) im Fall der Wahl eines Bürgermeisters aufgrund verfassungswidriger Bestimmungen müsste dessen Vertreter an seine Stelle treten.

stellen, der nach den sonstigen Auflösungsmöglichkeiten des Bundestags (Art. 63 IV, 68 GG) entstehen würde; ein Parlament existiert dann bis zur Neukonstituierung des Bundestags nicht; die bisherige Regierung führt die Amtsgeschäfte in der Zwischenzeit federführend weiter. Entsprechendes muss auch für den Bereich des Landtagswahlrechts gelten.

Schwierigkeiten entstehen nur dann, wenn das für nichtig erklärte Wahlgesetz das erste gewesen ist, auf dessen Grundlage gewählt wurde, sodass für die zu wiederholende Wahl nicht auf ein altes Wahlgesetz zurückgegriffen werden kann. Ein solcher Fall war z.B. im Südweststaaturteil gegeben. Das BVerfG selbst hat keine endgültige Lösung vorgeschlagen; es konnte dem Landtag von Württemberg-Hohenzollern nur anheimgeben, die im Landesrecht enthaltenen Möglichkeiten, gesetzliche Grundlagen für ein neues Wahlgesetz zu schaffen, möglichst weitgehend "auszuschöpfen"¹⁾. Enthält aber das bestehende Recht keine solchen Möglichkeiten, ist es wohl das Vernünftigste, wenn die -an sich mit der Nichtigkeitserklärung des Wahlgesetzes aufgelösten- Parlamente noch so lange im Amt bleiben, bis ein neues Wahlgesetz geschaffen ist, auf dessen Grundlage die Wahl dann wiederholt wird. So ist zum Teil schon in der Weimarer Zeit verfahren worden²⁾. Es versteht sich von selbst, dass ein solches Parlament dabei nicht auf unabsehbare Zeit hinaus fungieren kann, sondern dass es unverzüglich an den Erlass der neuen Wahlbestimmungen gehen muss, um die Wirkung der Entscheidung des BVerfG nicht mehr als unbedingt notwendig hinauszuschieben.

bb) Vergleicht man das Schicksal von Beschlüssen verfassungswidrig gewählter Vertretungskörperschaften, wie es in der Rechtsprechung entwickelt wurde, mit der Regelung des § 79 II BVerfGG, so ergibt sich, dass kein Raum für dessen Anwendung bleibt. Entscheidungen in Form von Gesetzen scheiden dabei von vornherein aus dem Bereich des § 79 II BVerfGG aus; bei Verwaltungsakten könnte dagegen die Antwort zweifel-

1) Bd. 1/14 ff. 38 ff., 44. Ein ähnlicher Versuch ist auch im Saarland nach der Nichtigkeitserklärung des § 25 II KWG unternommen worden; vgl. Thürk a.a.O.

2) BayStGH a.a.O.

haft sein; bei ihnen müsste an sich eine Anfechtung möglich sein. Aus der wiederholt geäußerten Auffassung des BVerfG¹⁾, Beschlüsse und Massnahmen verfassungswidrig gewählter Vertretungskörperschaften seien aus Gründen der Rechtssicherheit rechtsbeständig ergibt sich jedoch, dass eine Anfechtung derartiger Massnahmen mit der Begründung, das Gremium, das den Verwaltungsakt erlassen habe, sei aufgrund eines verfassungswidrigen Wahlgesetzes gewählt, ausgeschlossen werden sollte. Dieses Ergebnis stellt die bestmögliche Lösung dar; es entspricht insbesondere dem hier unabweislichen Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Rechtsklarheit. Massgebendes Kriterium für die Aufrechterhaltung derartiger Verwaltungsakte ist damit im Gegensatz zu § 79 II BVerfGG nicht mehr die Unanfechtbarkeit, sondern der Zeitpunkt der Entscheidung des BVerfG.

1) BVerfG 1/14 ff.(38 ff.), 3/41 ff. (45)

3) Zusammenfassung

a) Wahlen aufgrund verfassungswidriger und für nichtig erklärter Wahlgesetze sind ungültig, ohne dass im einzelnen der Einfluss der nichtigen Vorschriften auf das Wahlergebnis nachgewiesen werden müsste. Dies gilt sowohl für das Bundes- und Landtags-, als auch für das Kommunalwahlrecht.

b) Aufgrund verfassungswidriger und für nichtig erklärter Bestimmungen gewählte Vertretungskörperschaften sind bis zum Zeitpunkt der rechtskräftigen Entscheidung des BVerfG als wirksam gewählt zu betrachten. Danach sind sie aufgelöst.

c) Die ungültige Wahl muss wiederholt werden. In der Zeit zwischen Auflösung der aufgrund der nichtigen Wahlvorschriften gewählten Gremien durch Entscheidung des BVerfG und Wiederholung der Wahl sollte im kommunalen Bereich der Bürgermeister die Gemeindegeschäfte weiterführen (arg. § 24 GemO). Bei Bundes- und Landtagswahlen tritt der auch sonst bei Parlamentsauflösungen übliche Rechtszustand ein: bis zur Wiederholung der Wahl besteht kein Parlament, die Geschäfte werden von der bisherigen Regierung weitergeführt.

d) Kann für die Wiederholung der Wahl nicht auf ein altes Wahlgesetz zurückgegriffen werden oder wird es möglicherweise selbst vom BVerfG für nichtig erklärt, so muss das -an sich durch die Nichtigerklärung des bisher verwendeten Wahlgesetzes aufgelöste- Parlament Abhilfe schaffen, indem es noch so lange im Amt bleibt, bis innerhalb einer angemessenen Frist ein neues Wahlgesetz geschaffen ist.

e) Massnahmen und Beschlüsse von verfassungswidrig gewählten Organen bleiben bis zur Entscheidung des BVerfG aufrechterhalten; § 79 II BVerfGG findet keine Anwendung. Beschlüsse, die nach Entscheidung des BVerfG gefasst wurden, sind als unwirksam zu betrachten.

Zweiter Abschnitt: S t e u e r r e c h t

Zu denjenigen Gebieten, auf denen sich die Nichtigerklärung von Gesetzen am nachhaltigsten bemerkbar gemacht hat, gehört das Steuerrecht. Nicht nur, dass hier die meisten Vorschriften für nichtig erklärt worden sind; auch die Wirkung auf den einzelnen im individuellen, familiären oder geschäftlichen Bereich ist hier mit am stärksten gewesen.

Es ging hauptsächlich um Vorschriften des Einkommen-, Gewerbe- und Umsatzsteuerrechts. Sie in dieser Reihenfolge anzuführen, hiesse jedoch jedesmal aufs neue die Gründe, die zu ihrer Nichtigerklärung geführt haben, zu erörtern; da auf all diesen Gebieten immer wieder Verstösse gegen dieselben Verfassungsbestimmungen vorgekommen sind, empfiehlt es sich, letztere voranzustellen, und in einer Art horizontalen Gliederung jeweils diejenigen Vorschriften zusammenzufassen, denen der gleiche Verfassungsverstoss zugrundelag. Dabei sind fünf Gruppen zu unterscheiden: Verstösse gegen den Gleichberechtigungsgrundsatz und den Schutz von Ehe und Familie (Art. 3 Abs. II, 6 Abs. I GG)(1), gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 I GG)(2), gegen das Rückwirkungsverbot von Steuergesetzen (Art. 2, 20 III GG)(3), gegen die Ermächtigungsvorschriften (Art. 80 I GG)(4) und gegen Kompetenznormen (Art. 105 II GG)(5).

I) Die Entscheidungen des BVerfG

1) Verstösse gegen Art.3 II, 6 I GG

a) Einkommensteuerrecht (§§ 26,27 EStG)

Die verfassungsgerichtliche Überprüfung von Steuergesetzen hat erst im Jahre 1957 mit dem Einkommensteuerrecht ihren Anfang genommen. Durch eine der bekanntesten Entscheidungen des BVerfG ist das überkommene System der Ehegattenbesteuerung für verfassungswidrig erklärt worden¹⁾. Es ging dabei um folgendes:

Das geltende Einkommensteuerrecht ist auf dem System der progressiven Besteuerung höherer Einkommen aufgebaut. Bei der Berechnung der Einkommensteuer von Ehegatten wurde gem. § 26 des Einkommensteuergesetzes aus dem Jahre 1951 (EStG 1951) das Einkommen beider zusammengerechnet, sodass sie infolge der progressiven Besteuerung in eine höhere Steuerklasse gerieten, als wenn sie getrennt veranlagt worden wären. In dieser Zusammenveranlagung hat das BVerfG eine Schlechterstellung von Ehegatten gegenüber Unverheirateten und damit einen Verstoß gegen den durch Art.6 I GG garantierten Schutz der Ehe gesehen. Dabei wurden etwa folgende Gründe angeführt; Sei die Ehefrau, wie heute in weiten Kreisen zu beobachten sei, neben dem Mann berufstätig, so würden sich für beide umso höhere Steuersätze ergeben, je höher das Einkommen der Ehefrau sei. Dadurch werde ihr von vornherein die Teilnahme am erwerbswirtschaftlichen Leben erschwert; § 26 EStG 1951 versuche, die Ehefrau "im Hause zu halten" und sanktioniere ihre Berufstätigkeit mit erhöhten steuerlichen Nachteilen. Dieser noch aus der Zeit des Nationalsozialismus stammende "Edukationseffekt", der die Berufstätigkeit der Frau eo ipso als ehezerstörend betrachte, sei aber weder mit dem heutigen Grundsatz der Gleichberechtigung noch mit dem Schutz der Privatsphäre der Familie vereinbar; ihr allein stehe die Entscheidung darüber zu, ob die

1) Entsch. vom 17.1.1957, Bd.6/55 (= NJW 57/417 ff.) .

Ehefrau im Haushalt oder im Erwerbsleben tätig sein solle¹⁾. Das System der Haushaltsbesteuerung sei im Übrigen auch nicht mit dem heute massgebenden Grundsatz der Individualbesteuerung in Einklang zu bringen: durch die empfindliche Belastung des Familienhaushalts infolge der höheren Steuerklassen, durch seine ungerechtfertigte Benachteiligung gegenüber den individuellen Einkommen sei ein Fremdkörper in das System der progressiven, individuellen Besteuerung hereingekommen. § 26 EStG 1951 müsse deshalb in vollem Umfang für nichtig erklärt werden.

Da danach die Tatsache der Familie als solche nicht steuererhöhend wirken darf, sind auch andere daran anknüpfende Vorschriften dem Spruch des BVerfG zum Opfer gefallen. In erster Linie ist hier die dem § 26 EStG a.F. entsprechende Zusammenveranlagung von Eltern und Kindern zur Einkommensteuer zu nennen.

Nach § 27 EStG²⁾ waren die Einkommen von Eltern und Kindern bei der Errechnung der Einkommensteuer zusammenzurechnen; dies selbst dann, wenn die Kinder weder in persönlicher noch wirtschaftlicher Gemeinschaft mit den Eltern lebten. Andererseits wurden Kinder über 18 Jahre auch dann nicht zusammenveranlagt, wenn sie mit ihren Einkünften zum elterlichen Haushalt beitrugen. Auch hier war also nicht auf die Familie als Wirtschaftsgemeinschaft, sondern auf die blosse Zugehörigkeit zu ihr abgestellt; je mehr einkommensberechtigte Kinder vorhanden waren, desto höhere Steuern mussten aufgrund der progressiven Steuersätze gezahlt werden; das BVerfG³⁾ hat ausserdem befürchtet, dadurch werde die Gefahr von Familienstörungen heraufbeschworen, da es zu Auseinandersetzungen innerhalb der Familie kommen könnte, wer welche Steuern zu bezahlen habe.

Die steuerlichen Nachteile für Familien in § 27 EStG 1951 waren auch nicht, wie das BVerfG weiter ausführte, durch die sonstigen, ihnen gewährten steuerlichen Vergünstigungen der

1) a.a.O. 69, 70

2) i.d.F. der EStG 1953, 1955, 1958

3) NJW 64/1563 ff.

§§ 10 III Nr.3, 32, 33, 33a EStG (Festsetzung von Kinderfreibeträgen, Absetzbarkeit von familiären Sonderbelastungen) auszugleichen; ebensowenig konnten die von der Bundesregierung angeführten Gesichtspunkte, die Zusammenveranlagung sei verwaltungstechnisch zweckmässiger und vermeide die Gefahr von Steuerumgehungen (durch Übertragung von Einkommen der Eltern auf die Kinder), Erfolg haben¹⁾; Die Nichtigerklärung des § 27 EStG erfolgte allerdings erst 7½ Jahre²⁾ nach der Entscheidung zu § 26 EStG; die Überwiegende Rechtsprechung hatte bis dahin die Zusammenveranlagung von Eltern und Kindern trotz Wegfalls der Zusammenveranlagung von Ehegatten für verfassungsmässig gehalten³⁾; das Schrifttum hatte jedoch schon wiederholt auf die Verfassungswidrigkeit des § 27 EStG hingewiesen⁴⁾.

b) Gewerbesteuerrecht (§ 8 Nr.5 GewStG)

Der zweite Komplex der steuerlichen Benachteiligung von Familien war in der Behandlung der Arbeitsverträge zwischen Ehegatten im Gewerbesteuerrecht enthalten.

Das GewStG vom 1.12.1936⁵⁾ i.d.F. des Gesetzes vom 21.12.1954⁶⁾ knüpfte für die Ermittlung der Gewerbesteuer an den aufgrund des Einkommensteuer- bzw. des Körperschaftssteuerrechts errechneten objektiven Gewinn der Gewerbebetriebe an (§ 7). Gehaltszahlungen und sonstige Vergütungen an im Betrieb beschäftigte Personen waren als Betriebsausgabe absetzbar. Die Gehälter der im Betrieb mitarbeitenden Ehegatten der Betriebsunternehmer wurden dagegen gem. § 8 Nr.5 dem Gewinn aus Gewerbebetrieb hinzugerechnet.

In einer sehr ausführlichen Entscheidung⁷⁾ hat das BVerfG zunächst einleitend festgestellt, dass es sich bei der Gewerbesteuer um eine sog. "Objektsteuer" handle, die an dem objektiven Gewinn des Betriebs orientiert und deshalb unab-

1) a.a.O.1564(vgl.auch BVerfG 9/237 ff.244)

2) am 30.6.1964

3) z.B. FG Kassel, EFG 62/ 111, FG Stuttgart, DStZ(B)61/496, FG Karlsruhe EFG 60/416

4) vgl. Schulze a.a.O. mit weit.Nachw.

5) RGBI.I/979

6) BGBI.I/473

7) vom 24.1.1962, Bd. 13/291 ff.

hängig von der Person der im Betrieb mitarbeitenden Personen sei. Die Nichtberücksichtigung von Arbeitsverträgen zwischen Ehegatten bringe ein subjektives Element, nämlich die Tatsache des Eheschlusses in das (objektive) Recht der Gewerbesteuer herein und sei deshalb schon aus systematischen Gründen unzulässig. Gleichzeitig würden dadurch wiederum Ehe und Familie gegenüber den sonstigen im Betrieb mitarbeitenden Personen benachteiligt; wenn deren Gehälter als Betriebsausgaben absetzbar seien, müsse dies auch für Gehälter von Ehegatten gelten; Arbeitsverträge zwischen ihnen hätten ebenfalls rechtliche Wirkungen und zeigten gegenüber anderen Arbeitsverträgen nur graduelle Unterschiede¹⁾. Im übrigen seien Ehegatten auch sonst als unternehmensfremde Personen anerkannt²⁾. Schliesslich ergebe sich aus der Rechtsform der Betriebe noch ein weiterer Grund für die Verfassungswidrigkeit des § 8 Nr.5 GewStG³⁾: Wenn von dem Ehegatten des "Unternehmers" die Rede sei, bedeute dies zunächst eine Benachteiligung der Einzelbetriebe; aber auch Personalgesellschaften würden davon erfasst, da sich die Gesellschaft als Vertragspartner (d.h. als Arbeitsgeber) zwischen die Ehegatten schiebe. In keinem der beiden Fälle sei jedoch ein sachlicher Grund für die steuerliche Schlechterstellung von Arbeitsverträgen zwischen Ehegatten ersichtlich; § 8 Nr.5 GewStG sei deshalb in vollem Umfang für nichtig zu erklären⁴⁾.

c) Grunderwerbssteuerrecht (§ 1 III Nr.3 GrEStG)

Eine Verletzung des Art.6 I GG war schliesslich noch in der steuerlichen Behandlung von Grundstücksübertragungen aufgedeckt worden. Das Grunderwerbssteuergesetz (GrEStG) vom 29.3.1940⁵⁾ macht u.a. Übertragungen von Anteilen einer Gesellschaft mit Grundvermögen steuerpflichtig. Die Steuer

1) a.a.O. 299; auch eine "Überlagerung" des Arbeitsvertrages durch das eheliche Verhältnis (§§ 1353, 1356, 1360 BGB) sei nicht gegeben, a.a.O. 313

2) so z.B. gem. §§ 7 GewStG i.V.m. 15 II, 4 IV EStG, wonach Mietzahlungen für Geschäftsräume, die dem Ehegatten des Unternehmers gehörten, als Betriebsausgaben anerkannt wurden, 314

3) a.a.O. 318 4) a.A. BFH 64/3; 5) RGBl. I/585

war gem. § 1 III Nr.3 GrESTG auch dann zu entrichten, wenn es sich um ein Rechtsgeschäft handelte,

"...das den Anspruch auf Übertragung eines oder mehrerer Anteile der Gesellschaft begründet, wenn durch die Übertragung alle Anteile in der Hand des Erwerbers allein oder in der Hand des Erwerbers und ¹⁾ seines Ehegatten oder seiner Kinder vereinigt würden."

In der Überprüfung dieser Vorschrift hat das BVerfG ²⁾ zwar die Besteuerung der Anteilsvereinigung als solcher verfassungsrechtlich nicht beanstandet; wer alle Anteile einer Gesellschaft mit Grundvermögen innehat, sei wirtschaftlich gesehen Eigentümer des Grundstücks und somit steuerpflichtig. Ein Verstoß gegen Art. 6 GG lag jedoch darin, dass die Steuerpflicht nicht entstand, wenn bei der Übertragung der Anteile noch zwei Gesellschafter vorhanden waren; handelte es sich aber dabei um Ehegatten oder waren nur noch Eltern und Kinder an der Gesellschaft beteiligt, war die Steuer zu entrichten. Die Tatsache der Familie wirkte also auch hier steuerbegründend und benachteiligte Verheiratete gegenüber Unverheirateten; § 1 III Nr.3 GrESTG wurde deshalb ebenfalls für nichtig erklärt.

2) Verstöße gegen Art.3 I GG

a) Einkommensteuerrecht (§ 10 b EStG)

Im Gegensatz zu den bisher angeführten Vorschriften war es diesmal eine begünstigende Steuernorm, die dem Spruch des BVerfG zum Opfer gefallen ist. Bei der Berechnung der Einkommensteuer konnten auf Antrag gewisse Sonderausgaben abgesetzt werden, nach § 10 EStG u.a. auch solche zur "Förderung staatspolitischer Zwecke". § 49 EStDVO hatte darunter u.a. auch Zuwendungen an politische Parteien anerkannt ³⁾.

In einer Entscheidung von "grosser politischer Tragweite" ⁴⁾ hat das BVerfG in § 10 b EStG einen Verstoß gegen den

1) Hervorhebung durch d.Verf.

2) Entsch. vom 10.6.1963, BVerfG 16/203 ff.

3) Der frühere § 49, Nr.1 a EStDVO hatte die Abzugsfähigkeit von Spenden nur an solche politische Parteien anerkannt, die bereits im Bundes- oder einem Landtag vertreten waren, war aber schon 1957 für nichtig erklärt worden (BVerfG 6/273 ff.)

4) vgl. "Die Zeit" v.6.11.64 S.11

Gleichheitssatz gesehen und die Vorschrift für nichtig erklärt¹⁾: Die Steuerbegünstigung des § 10 b EStG biete erstens einen Anreiz zu Spenden an politische Parteien, zweitens könnte deren Position je nach Höhe der eingegangenen Spenden erheblich verstärkt oder auch erheblich verringert werden. Da finanzstärkere Parteien natürlich eher in der Lage seien, ihren Einfluss auf den Wählerwillen geltend zu machen, als Parteien mit geringeren Mitteln, hätten auch diejenigen, die aufgrund ihrer höheren Einkommen mehr Parteispenden aufwenden könnten, Gelegenheit, einen ungleich grösseren Einfluss auf die Parteien und damit indirekt auch auf den Wählerwillen auszuüben als Angehörige niedrigerer Einkommensklassen. Es verstosse aber gegen die Grundsätze der egalitären Demokratie und der Chancengleichheit aller politischen Parteien, wenn man die Möglichkeit der politischen Einflussnahme von der Höhe des Einkommens abhängig mache. Mit dem Wegfall des § 10 b EStG seien auch § 49 Nr.1 und 2 EStDVO und die entsprechenden Steuervergünstigungen im Körperschaftssteuerrecht, §§ 11 Nr.5 KStG und 26 KStDVO, gegenstandslos geworden²⁾.

b) Gewerbesteuerrecht (§ 8 Nr.6 GewStG)

Weiteren Anlass zu Erörterungen über den Gleichheitssatz im Steuerrecht bot die unterschiedliche Behandlung von Kapitalgesellschaften bei der Gewerbesteuer. Zur Verdeutlichung muss etwas weiter ausgeholt werden.

Wie unter Ziff.1 b bereits erwähnt, ist bei der Errechnung der Gewerbesteuer vom Gewinn der betreffenden Betriebe auszugehen (§ 7 GewStG). Für Kapitalgesellschaften wurden nun -entsprechend der Regelung bei Einzelunternehmen und Personalgesellschaften in § 8 Nr.5 GewStG³⁾- nach § 8 Nr.6 GewStG⁴⁾ dem Gewinn aus Gewerbebetrieb hinzugerechnet "...Gehälter und sonstige Vergütungen jeder Art, die von einem in § 2 II Nr.2 und III bezeichneten Unternehmen an

1) Entsch.vom 24.6.1958, Bd.8/51 ff. 2) a.a.O. 71

3) vgl. BVerfG 13/291 ff.

4) vom 1.12.1936 (RGBl.I/979) i.d.F. des Ges.v.30.4.1952 (BGBl.I/279)

wesentlich Beteiligte oder an ihre Ehegatten für eine Beschäftigung im Betrieb gewährt worden sind..."

Solche Unternehmen waren gem. § 2 Abs. II Nr. 2 und Abs. III GewStG Kapitalgesellschaften sowie sonstige juristische Personen des Privatrechts und nicht rechtsfähige Vereine, soweit sie einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb unterhielten. "Wesentlich Beteiligte" i.S. von § 8 Nr. 6 GewStG waren nach § 20 II GewStDV¹⁾ natürliche Personen, die entweder allein oder zusammen mit ihren Angehörigen zu mehr als 25% an dem Unternehmen beteiligt waren. Der Kreis der "Angehörigen" wiederum bestimmte sich nach dem StAnpG²⁾ und war sehr weit gefasst.

Sehen wir nun diese Definition im Zusammenhang mit § 8 Nr. 5 GewStG, so wird deutlich, dass durch die Mitarbeit von "wesentlich Beteiligten" eine grosse Anzahl von Kapitalgesellschaften höhere Steuerlasten zu tragen hatten, weil sie sämtliche an jene gezahlten Vergütungen dem Gewinn aus Gewerbeertrag hinzurechnen mussten. Durch die Mitarbeit dieser "Beteiligten" waren sie, wie es das BVerfG ausdrückte³⁾, "personenbezogen" geworden und gegenüber den sonstigen anonymen Kapitalgesellschaften einer ungleichen Behandlung unterworfen.

Ihre steuerliche Mehrbelastung wurde jedoch vom BVerfG für unzulässig erklärt⁴⁾. Zusammengefasst⁵⁾ sind hierfür folgende Gründe angeführt worden: Man müsse im Steuerrecht zunächst von dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Kapitalgesellschaften ausgehen, da sie im Gegensatz zu den Personalgesellschaften eigene Rechtspersönlichkeit und eigenes Vermögen hätten, das gegen "Durchgriffe" auf "Tatbestände im Kreis der Gesellschafter" "abgeschirmt" sei⁶⁾. Wegen dieser besseren vermögensrechtlichen Fundierung⁷⁾ seien die

1) vom 30.4.1952 (BGBl. I/279) 2) v. 16.10.1934 (RGBl. I/925)

3) s. Anm. 4 4) Entsch. v. 24.1.1962, Bd. 13/331 ff.

5) Die Entsch. befasst sich ausführl. mit finanztechnischen und -wissenschaftlichen Fragen, die hier nicht näher erörtert werden können.

6) und 7) hier ist die sog. "Fundustheorie" des BVerfG entwickelt worden (a.a.O. 347 ff. 350)

17
Kapitalgesellschaften zwar erhöht steuerpflichtig¹⁾, und gegenüber den Personalgesellschaften deutlich abgehoben²⁾; von dieser Unterscheidung Kapitalgesellschaft-Personalgesellschaft könne man aber nicht wieder durch das Merkmal der "Personenbezogenheit" in § 8 Nr.6 GewStG eine Ausnahme machen³⁾ und "personenbezogene" Kapitalgesellschaften den Personalgesellschaften in § 8 Nr.5 GewStG gleichstellen. Es sei unbillig, allen denjenigen, die die Rechtsform der Kapitalgesellschaft für ihr Unternehmen gewählt hätten, die Nachteile der Gewerbesteuerpflicht für Personalgesellschaften aufzubürden, ohne sie zugleich an deren sonstigen Steuervorteilen teilhaben zu lassen⁴⁾.

Auch aus systematischen Gründen⁵⁾ verbiete sich die Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse der an einem Unternehmen Beteiligten; der objektive Charakter der Gewerbesteuer fordere, sämtliche Vergütungen für Arbeitsleistungen, gleich wem sie zustünden, als Betriebsausgaben anzusehen⁶⁾; auch das Argument, Verträge mit mitarbeitenden Angehörigen seien ein Mittel zur Steuerumgehung, sei nicht stichhaltig, da man genügend Möglichkeiten habe, deren Ernsthaftigkeit zu überprüfen⁷⁾.

Der Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz für Kapitalgesellschaften lag damit nicht nur in der Berücksichtigung von an Ehegatten, sondern auch von an "wesentlich Beteiligte" gezahlten Vergütungen. § 8 Nr.6 GewStG musste deshalb in vollem Umfang für nichtig erklärt werden⁸⁾⁹⁾.

- 1) einmal nach Körperschaftssteuerrecht und (für den Gewinn) nach Einkommensteuerrecht
- 2) Steuerpflicht nur einmal nach Einkommensteuerrecht (a.a.O. 351)
- 3) a.a.O. 340 4) a.a.O. 354 5) vgl. BVerfG 13/290 ff.
- 6) BVerfG 13/354; vgl. Blümich-Boyens-Steinbring-Klein, § 2, Anm. 1
- 7) vgl. z.B. § 6 KStG (i.V.m. § 19 KStDVO)
- 8) am selben Tag wie § 8 Nr.5 (24.1.1962). Damit war auch § 20 II EStDVO weggefallen. Zur Kritik vgl. Hippe FR 62/382 ff., Barth B 62/713 (zust.); heftige, z.T. polemische Ablehnung von Flume 381 ff.
- 9) Die jüngste Entsch. des BVerfG v.13.7.65 zum Gewerbesteuerrecht (NJW 65/1581) betraf die Zweigstellensteuer; § 17 I GewStG wurde insoweit für nichtig erklärt, als er für Filialbetriebe des Einzelhandels mit auswärtiger Zentrale höhere Gewerbesteuern als für andere Betriebe vorsah.

Anhang: Umsatzsteuerrecht (§ 17 I UStDB)

Eine Ungleichbehandlung juristischer Personen hatte auch § 17 I UStDB enthalten, dessen Verfassungswidrigkeit der BFH festgestellt hatte¹⁾. Nach dieser Vorschrift waren Unternehmenseinheiten, die aus dem Zusammenschluss von zwei juristischen Personen entstanden waren, von einer Umsatzsteuerbefreiung ausgeschlossen, die sonstigen Unternehmens-einheiten gem. § 2 I S.2 UStG ohne weiteres gewährt wurde. Diese Differenzierung, für die keinerlei sachlicher Grund ersichtlich war, musste notwendigerweise zur Verfassungswidrigkeit der Vorschrift führen.

3) Verstöße gegen Art.2, 2o III GG

Ein Steuergesetz kann auch deshalb verfassungswidrig sein, weil es gegen ungeschriebenes Verfassungsrecht verstößt. In den bisher einschlägigen Fällen, die das BVerfG entschieden hat, ging es z.B. um die Zulässigkeit rückwirkender Steuergesetze.

a) Belastende Steuergesetze

Hier gilt der allgemeine Grundsatz²⁾, dass dem einzelnen Bürger nicht noch nachträglich Belastungen, insbesondere steuerlicher Art, durch rückwirkende Vorschriften aufgebürdet werden können. Diese ungeschriebene³⁾ Verfassungsregel ist vom BVerfG anhand eines hamburgischen Steuergesetzes aus dem Jahre 1958, das eine bestimmte Steuererhöhung ab 1955 angeordnet hatte, ausführlich bestätigt worden⁴⁾. Zunächst hat das BVerfG ganz allgemein festgestellt, dass eine Rückwirkung von (belastenden) Steuergesetzen grundsätzlich aus Gründen der Rechtssicherheit unzulässig sei; Rechtssicherheit als ein wesentliches Element der Rechtsstaatlichkeit bedeute aber in erster Linie Vertrauensschutz des einzelnen Bürgers⁵⁾. Der Vertrauensschutz habe selbst dann den Vorrang, wenn dem Gesetzgeber bei der

1) BSTBl. 55, III/113; s. auch BFH 75/623 ff.

2) vgl. statt vieler Maunz-Dürig, Art.2, Erl. 87

3) Ausnahme im Strafrecht: vgl. Art.103 II GG;

4) Entsch. vom 14.11.1961, Bd. 13/206 ff.

5) vgl. näher hierzu BVerfG 13/261 ff.

jetzigen Gesetzgebung ein Fehler unterlaufen sei; dieser könne zwar für die Zukunft, nicht aber für die Vergangenheit berichtigt werden. Das Risiko fehlerhafter Gesetze dürfe nicht dem einzelnen aufgebürdet werden; dies sei vielmehr Sache des Staates.

Ausnahmen seien nur unter ganz besonderen Voraussetzungen zulässig, so z.B. wenn ein Gesetz für jeden erkennbar eine systemwidrige Regelung getroffen habe, die später rückwirkend ersetzt worden sei¹⁾ oder wenn mit dem Erlass eines rückwirkenden Gesetzes gerechnet werden musste, weil die Rechtslage unklar gewesen war²⁾³⁾. In diesen Fällen sei das Vertrauen des einzelnen auf Bestand der ergangenen Vorschriften sachlich nicht gerechtfertigt und verdiene deshalb auch keinen besonderen Schutz; aber auch schwerwiegende Gründe des gemeinen Wohl könnten u.U. eine Rückwirkung belastender Gesetze erforderlich machen⁴⁾. Der vorliegende Fall bot jedoch keine Anhaltspunkte für solche Ausnahmen und führte deshalb auch zur Nichtigserklärung der rückwirkend angeordneten Steuererhöhungen⁵⁾.

Dasselbe Schicksal hatte eine Vorschrift des Ergänzungsgesetzes zum Einkommensteuer- und Körperschaftssteuergesetz aus dem Jahre 1952⁶⁾, weil darin eine Erhöhung der Körperschaftsteuer für bestimmte Arten von juristischen Personen ab 1951 vorgesehen war (§ 5 I S.1)⁷⁾. Tatsachen, die eine Ausnahme von dem allgemeinen Rückwirkungsverbot hätten rechtfertigen können, waren nicht ersichtlich; um der Rechtssicherheit willen konnten deshalb die betreffenden Steuererhöhungen erst mit Inkrafttreten des Änderungsgesetzes wirksam werden⁸⁾.

1) so z.B. § 206 LAG, BVerfG 13/215

2) vgl. BVerfG 1/64 ff.(72), 264 ff.(280), 2/237 ff.(264), 7/129 ff.(151), 8/274 ff.(304)

3) Wegen der Befugnis des Gesetzgebers, § 11 II Nr.1 GewStG (i.d.F. des St.AndG 1961) (Verstoß gegen Art.3 GG) aufgrund der Nichtigserklärung der § 8 Nr.6 GewStG rückwirkend zu ändern, vgl. BVerfG NJW 66/294

4) vgl. BVerfG 2/380 ff.(405) 5) BVerfG 13/215 6) BGBl.I/302

7) Das 1.Ergänzungsgesetz 1951 (BGBl.I/411) hatte den Steuersatz für unbeschränkt steuerpflichtige Körperschaften (§§ 1, 6 KStG) auf 60%, für die beschränkt steuerpflichtigen auf 50% festgesetzt. Nach § 5 I S.1, 2.Ergänzungsgesetz sollten diese Sätze schon ab 1.1.1951 gelten.

8) BVerfG 13/261 ff. (267 ff. 272)

b) Begünstigende Steuergesetze

Wenn das Rückwirkungsverbot belastender Gesetze aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit, d.h. hier des Vertrauensschutzes gilt, folgt daraus umgekehrt, dass es eines solchen Schutzes nicht bedarf, wenn dem Bürger durch die Rückwirkung gar kein Nachteil droht, ja ihm sogar noch Vergünstigungen gewährt werden. Auch dieser Grundsatz ist durch verfassungsgerichtliche Entscheidung bestätigt worden¹⁾.

Das Steueränderungsgesetz 1960 hatte für freiberuflich Tätige rückwirkend bestimmte Steuererleichterungen vorgesehen (Art.2 VII)²⁾, sie jedoch auf z.Zt. seines Inkrafttretens noch nicht rechtskräftige Fälle beschränkt. Der BFH hatte die Ansicht vertreten³⁾, dass es willkürlich sei, die rechtskräftigen Fälle von der Steuervergünstigung auszuschliessen⁴⁾; ihre Anzahl sei -im Gegensatz zu den nach § 26 EStG a.F. ergangenen rechtskräftigen Bescheiden- seit 1955 ohnehin verschwindend gering⁵⁾, sodass keine Überlastung der Finanzverwaltung zu befürchten wäre; die Privilegierung der nicht rechtskräftigen Fälle würde ausserdem die Steuerpflichtigen anregen, ihre Bescheide durch Einlegung von Rechtsmitteln so weit als möglich nicht mehr rechtskräftig werden zu lassen.

Konnte man aufgrund der vorhergegangenen Entscheidungen annehmen, dass das BVerfG auch bei der verfassungsrechtlich unbedenklichen Rückwirkung von Steuervergünstigungen eine gleichmässige Behandlung aller Bürger fordern würde, so wurde diese Erwartung nicht erfüllt. Es hat nämlich die Ansicht vertreten⁶⁾, dass eine von der Verfassung erlaubte Rückwirkung von Gesetzen keineswegs Differenzierungen ausschliesse, soweit sie sachlich gerechtfertigt seien. Die in Art.2 VII Steueränderungsgesetz vorgenommene Unterscheidung zwischen rechtskräftigen und nicht rechtskräftigen

1) BVerfG 15/313 ff.

2) durch Verweisung auf § 18 I Nr.1 S.3 und 4 EStG ab 1955

3) BFH 75/255 ff.(260)

4) unter Hinweis auf § 74 II S.3 3.DM Bilanzges.(BGBl. 55/297)

5) BT Drucks. 1941, S.5 (3.Wahlper.) 6) a.a.O.

Fällen sei eben aus den vom BFH angeführten Gründen (Rechtssicherheit, verschwindend geringe Anzahl der rechtskräftigen Bescheide) nicht als willkürlich anzusehen; wenn die nicht rechtskräftigen Fälle die weit überwiegende Zahl der von der Steuervergünstigung erfassten Tatbestände darstelle, dürften rechtskräftige Fälle nicht auf eine Stufe mit ihnen gestellt werden; Art.2 VII Steueränderungsgesetz stehe daher mit der Verfassung in Einklang.

4) Verstösse gegen Art. 80 I GG

Im Steuerrecht ist bisher das Problem verfassungswidriger Ermächtigungen wegen der strengen Anforderungen, die an Genauigkeit und Begrenzung der Tatbestände gestellt werden, nur selten aufgetaucht. Einige Verstösse gegen Art.80 I GG sind lediglich im Umsatzsteuer- und Verkehrsfinanzrecht vorgekommen.

a) Umsatzsteuerrecht (§§ 6, 8, 18 UStG)

Das UStG¹⁾ i.d.F. des Gesetzes vom 1.9.1951²⁾ hatte in § 8 den (Reichs-) Finanzminister ermächtigt, "Massnahmen" zum Ausgleich der verschiedenen Umsatzsteuerbelastung "ein- oder mehrstufiger Unternehmen" zu treffen. § 18 ermächtigte die Bundesregierung, die im UStG und damit auch die in § 8 verwendeten Begriffe näher zu bestimmen. In § 8 war aber weder etwas über die Art der zu ergreifenden "Massnahmen" und anzuwendenden Mittel, noch über den Begriff der "ein- oder mehrstufigen Unternehmen" gesagt. Der Verordnungsgeber genoss deshalb bei der Ausgestaltung der Generalklausel des § 8 eine -wie es das BVerfG ausdrückte³⁾- schrankenlose Freiheit. Ihm war es praktisch anheimgegeben, sowohl die tatsächlichen Voraussetzungen der Umsatzsteuerpflicht als auch Art und Umfang der zur näheren Ausgestaltung notwendigen Massnahmen zu bestimmen. Derartig weitgespannte Befugnisse hat das BVerfG für unvereinbar mit den Anforderungen des Art.80 I GG erklärt⁴⁾; weil aus den §§ 8,18 UStG

1) RGBL. 1934 I/942

2) BGBl. I/791

3) Bd.8/274 ff., 282 ff.

4) a.a.O.

weder etwas über den Inhalt und die Massnahmen der zu treffenden Regelungen hervorging, noch für den einzelnen Bürger vorhersehbar war, wann und inwieweit er Umsatzsteuer zu zahlen hatte. Die Vorschriften sind deshalb in vollem Umfang für nichtig erklärt worden¹⁾. Aus denselben Gründen folgte in einer späteren Entscheidung²⁾ eine weitere Ermächtigungsvorschrift (§ 6 II)³⁾.

b) Verkehrsfinanzrecht

Das Verkehrsfinanzrecht regelt die Voraussetzungen der Beförderungssteuer. Ermessungsgrundlage war bis 1955 der tatsächliche Beförderungspreis, aus dem die Steuer dann errechnet wurde.

Das Verkehrsfinanzgesetz 1955⁴⁾ hatte die Bundesregierung ermächtigt, Rechtsverordnungen zur Festsetzung von Durchschnittsbeförderungspreisen zu erlassen, was auch geschehen ist. Das BVerfG hat hierin einen Verstoß gegen Art. 80 I GG⁵⁾ gesehen; wie aus seiner Entscheidung hervorgeht, war für die Ersetzung des tatsächlichen Beförderungsentgelts durch einen fiktiven Betrag kein sachlicher Grund ersichtlich; darüber hinaus war dadurch die Basis der Beförderungssteuer entscheidend verändert worden. Gerade bei einer solchen Veränderung hätte aber die Delegationsnorm beson-

1) Der auf § 18 beruhende § 5 III UStDB (der einen neuen Vergünstigungstatbestand für gewisse Unternehmen geschaffen hatte) ist daraufhin ebenfalls wegen fehlender gesetzlicher Grundlage für verfassungswidrig angesehen worden (FG Hamburg DStR 64/143, a.A. BFH BStBl. 58 III/90)

2) NJW 63/196

3) Das BVerfG hatte auch Zweifel an der Verfassungsmässigkeit des § 51 EStG geäussert (Bd. 6/55 ff. 82). Er ermächtigt die Bundesregierung, sämtliche zur Durchführung des EStG erforderlichen Verordnungen "zur Wahrung der Gleichmässigkeit bei der Besteuerung..." (mit kasuistischer Aufzählung), ausserdem die in zahlreichen anderen Vorschriften vorgesehenen Regelungen zu erlassen. Dem BVerfG schien es fraglich, ob derart heterogene Ermächtigungen noch mit Sinn und Zweck des Art. 80 I GG vereinbar seien, hat aber nicht abschliessend darüber entschieden, da die Frage nur i.V.m. § 26 EStG a.F. aufgetaucht war.

4) BGBl. I/166

5) BVerfG Bd. 10/251 ff.

ders sorgfältig gefasst und umgrenzt sein müssen¹⁾. Die genauen Tatbestände waren hier jedoch erst aus der aufgrund der Ermächtigung erlassenen Verordnung ersichtlich; jene war deshalb verfassungswidrig und für nichtig zu erklären.

5) Verstöße gegen Art.105 II GG (§ 2 GSStG)

Auf dem Gebiet der Steuerkompetenzen ging es schliesslich um die Frage, ob und inwieweit der Bund die konkurrierende Gesetzgebung über das Umsatzsteuerrecht hatte. Hessen hatte in § 2 seines Gesetzes über die Getränke- und Speiseeissteuer (GSStG) vom 6.12.1951²⁾ jede Abgabe von Speiseeis an Verbraucher im Gebiet einer Gemeinde mit einer Steuer belegt. Es war nun zu klären, ob dadurch eine Steuer mit "örtlich bedingtem Wirkungskreis" geschaffen war, für die gem. Art.105 II GG den Ländern die Kompetenz zustand.

Wie das BVerfG eingehend dargelegt hat³⁾, knüpfte die hessische Speiseeissteuer keineswegs an örtliche Gegebenheiten⁴⁾, wie z.B. Verzehr an Ort und Stelle, an, sondern besteuerte jede Abgabe von Speiseeis; es handelte sich somit um eine Art zusätzliche Umsatzsteuer, deren Tatbestand bereits in § 1 UStG geregelt war. Da der Bund auf dem Gebiet des Umsatzsteuerrechts bereits erschöpfenden Gebrauch von seinem Gesetzgebungsrecht gemacht hatte, war für landesrechtliche Regelungen kein Raum mehr (Art.105 II, 72 GG); § 2 GSStG⁵⁾ wurde deshalb wegen Verletzung der Steuerhoheit des Bundes für nichtig erklärt.

1) vgl. Ernst StW 62/Sp.35

2) GVBl.127; es handelte sich genauer um § 2 I Buchst. b i.V.m. Abs. II Buchst. b

3) BVerfG 16/306 ff.

4) vgl. BVerfG 7/244

5) in dem in Anm. 2 erwähnten Umfang

II) Die Folgen der Entscheidungen

Nach der Nichtigerklärung so zahlreicher steuerrechtlicher Vorschriften hat es in Rechtsprechung und Schrifttum heftige Auseinandersetzungen über ihre Auswirkungen gegeben. Hierbei sind es drei Fragenkreise, die hauptsächlich erörtert wurden: wie wirken sich die nichtigen Normen auf andere Normen des Steuerrechts(1), auf noch nicht rechtskräftige Bescheide und zukünftige Verfahren(2) und auf bereits rechtskräftige Fälle(3) aus? Bei dem dritten Punkt musste die Frage einer Anwendung des § 79 II BVerfGG im Mittelpunkt stehen.

Zu den beiden ersten, mehr die detaillierten steuerlichen Vorschriften berührenden Punkten liegen z.T. ausführliche Stellungnahmen der Praxis vor, während sich die Literatur eher mit der grundsätzlichen Frage des Verhältnisses von § 79 II BVerfGG zum Steuerrecht beschäftigt hat. Die Zurückhaltung vieler Autoren in steuerrechtlichen Einzelfragen mag ihren Grund darin haben, dass das Steuerrecht vielerorts als eine Art Sondermaterie betrachtet wird, in der sich nur Experten zurechtfinden können. Die Gefahr, dass das Steuerrecht dadurch als eine Art Nebenrecht, oder "Nebengesetzgebung" von Bund¹⁾ oder Ländern angesehen wird, für das besondere Maßstäbe zu gelten haben, muss aber gerade wegen der Kompliziertheit und Unübersichtlichkeit der heutigen Steuergesetzgebung vermieden werden; das Steuerrecht darf keine "Geheimwissenschaft"²⁾ werden, sondern muss mit den auch sonst üblichen Kategorien des Verfassungs- und Verwaltungsrechts erfassbar sein.

1) Messmer, a.a.O.

2) Patzig, 389

1) auf andere Rechtsnormen

a) Einkommensteuerrecht

Nach der Nichtigkeitsklärung des § 26 EStG a.F.¹⁾ war die bisherige Bemessungsgrundlage für die Ehegattenbesteuerung hinfällig geworden. Einkünfte von Ehegatten waren künftig als getrennte Einkommen zu behandeln. Dementsprechend wurde in der Literatur vielfach angenommen²⁾, dass § 26 EStG a.F. Konsequenzen für alle die Vorschriften haben müsse, bei denen die Zusammenveranlagung von Ehegatten eine Rolle spielt. Als Beispiel wurden die §§ 17 I, 26 a I S.3, 26 b S.3 EStG genannt³⁾. Darüber hinaus hat der BFH die Befürchtung geäußert, dass auch die §§ 7a, 10, 10a, 10b, 12, 32b, 33, 33a EStG⁴⁾ von der Nichtigkeitsklärung des § 26 EStG (1951) beeinflusst werden könnten⁵⁾.

Alle diese Vorschriften bedürften damit einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung, zumal nun auch -allerdings erst 1964- die Zusammenveranlagung von Eltern und Kindern für verfassungswidrig erklärt worden ist⁶⁾. Ausserdem wäre zu fragen, ob die Finanzverwaltung nicht schon jetzt alle Vorschriften, die im Zusammenhang mit den §§ 26, 27 EStG a.F. stehen, im Lichte der Entscheidung des BVerfG sehen und in Übereinstimmung mit den dort zu Art.3 und 6 GG entwickelten Grundsätzen anwenden muss. Das BVerfG selbst hat in seiner Entscheidung zu § 27 EStG⁷⁾ festgestellt, dass, nachdem die Zusammenveranlagung von Eltern und Kindern für verfassungswidrig erklärt worden sei, die damit in Zusammenhang stehenden Vorschriften nicht unberührt bleiben können. Die Anpassung an die neue Rechtslage müsse vom Gesetzgeber so schnell als möglich durchgeführt

1) BVerfG 6/55 ff. Die Nichtigkeit bezieht sich auf alle Fassungen des EStG bis 1957 (bestr., vgl. BFH 64/432 ff., 436, BStBl. 59 III 235, FG Hamburg EFG 62/501, Vongerow Sp. 261 ff.)

2) Spitaler BB 62/423, Steinberg 83, Hippe FR 62/203

3) es handelte sich dabei um Abschreibungsmöglichkeiten von Sonder- und aussergewöhnlichen Belastungen, um Vergünstigungen und Freibeträge für Familien und deren Angehörige.

4) s. Anm. 3 5) BFH a.a.O. 6) NJW 64/1563 ff.

7) a.a.O. 1564

werden. Hinsichtlich des nichtigen § 26 EStG ist dies kaum sechs Monate nach der Entscheidung des BVerfG auch geschehen¹⁾. § 27 EStG dagegen ist in dem Steueränderungsgesetz 1964 nicht mehr angeführt, damit also ersatzlos weggefallen²⁾.

Ob die Verfassungswidrigkeit der Zusammenveranlagung von Ehegatten sich auch auf andere Rechtsgebiete auswirke, ist ebenfalls erörtert worden. Der BFH hatte z.B. Bedenken, ob die Regelung des § 3 II S.2 Wohnungsbauprämienengesetz vom 17.3.1952³⁾ unter dem Gesichtspunkt des Art.6 GG noch aufrechterhalten werden könne⁴⁾; nach dieser Vorschrift konnten für nach der Eheschließung eingegangene Bausparverträge von Ehegatten nur einmal die staatliche Wohnungsbauprämie beansprucht werden. Das BVerfG hat jedoch diese Einschränkung der Gewährung von Wohnungsbauprämien für sachlich gerechtfertigt gehalten und die Verfassungsmässigkeit von § 3 II S.2 des Gesetzes ausdrücklich bestätigt⁵⁾.

b) Gewerbesteuerrecht

Nachdem die Hinzurechnung von Vergütungen, die ein im Betrieb eines Unternehmers mitarbeitender Ehegatte erhalten hatte, zum Gewinn aus Gewerbebetrieb für verfassungswidrig erklärt worden ist⁶⁾, müsste sich, -ähnlich wie im Einkommensteuerrecht nach der Nichtigerklärung der §§ 26, 27 EStG a.F.- das Verbot einer steuerlichen Benachteiligung von Arbeitsverträgen zwischen Ehegatten auf sämtliche Vergütungen für eine Mitarbeit im Betrieb erstrecken. § 8 Nr.3 und 4 GewStG rechnen z.B. alle sonstigen Zuwendungen an Ehegatten von Unternehmern -§ 8 Nr.5 und 6 GewStG betraf nur die Gehälter- dem Gewinn aus Gewerbebetrieb hinzu (u.a. Pensionszusagen, Vergütungen und Gewinnanteile von stillen Gesellschaftern und ihren Ehegatten, von persönlich haf-

1) vgl. § 26 EStG 1957 (BGBl.I/848), s.u.Ziff.2a und 3a

2) Auskunft der OFD Freiburg vom 8.1.65

3) BGBl.I/139 4) 75/170 ff. 5) DStR 64/136

6) BVerfG 13/291 ff. 331 ff.; die Nichtigerklärung des § 8 Nr.5 und 6 bezieht sich auf alle Fassungen des GewStG bis 1962 (FG Hamburg, DStZ (A) 62/263, BFH a.a.O. BStBl.

tenden Gesellschaftern einer KG auf Aktien u.ä.). Nach den Entscheidungen des BVerfG müssten jedoch alle diese Leistungen steuerrechtlich wie Leistungen an Dritte behandelt werden; einige Autoren halten deshalb auch § 8 Nr.3 und 4 GewStG für verfassungswidrig¹⁾. Das Verbot einer Ungleichbehandlung von Kapitalgesellschaften im Gewerbesteuerrecht nach § 8 Nr.6 GewStG hat ausserdem zu Diskussionen darüber geführt, ob nicht überhaupt jede Differenzierung bei Kapitalgesellschaften im Steuerrecht als verfassungswidrig angesehen werden müsse²⁾.

Im Hinblick auf die Nichtigerklärung des § 8 Nr.6 GewStG wäre weiter zu prüfen, ob § 17 EStG in seiner jetzigen Fassung noch aufrechterhalten werden kann. Nach dieser Vorschrift ist nämlich der Gewinn aus der Veräusserung eines (Kapital-) Gesellschaftsanteils noch zusätzlich steuerpflichtig, wenn der Veräusserer "wesentlich", d.h. allein oder mit seinen Angehörigen mit mehr als 25 % an der Gesellschaft beteiligt ist. Nach der Feststellung des BVerfG, dass die Tatsache einer "wesentlichen" Beteiligung an einem Unternehmen nicht zu einer erhöhten Steuerpflicht führen darf, müsste auch die Zusatzbesteuerung des § 17 EStG einer verfassungsgerichtlichen Prüfung unterzogen werden³⁾.

- 1) damit wären die in § 8 Nr.3 u.4 GewStG angeführten Zuwendungen an mitarbeitende Ehegatten von Unternehmern automatisch als Betriebsausgabe absetzbar, vgl. Spitaler a.a.O., Steinberg a.a.O., Blümich-Boyens-Steinbring-Klein, § 8, Vorbem. 18-30
- 2) Hopfenmüller 533 und (schon vor der Entsch. des BVerfG) Seifert 132 halten z.B. § 6 I Nr.4 KVStG ("Als Gesellschaftsrechte an einer Kapitalgesellschaft gelten... Anteile der Kommanditisten an einer KG, wenn zu den persönlich haftenden Gesellschaftern eine Kapitalgesellschaft gehört...") für verfassungswidrig, weil sich die Kapitalverkehrssteuerpflicht auch auf Gesellschaftsrechte einer KG, an der eine Kapitalgesellschaft beteiligt ist, bezieht. Dies bedeute eine steuerliche Bevorzugung von nur aus natürlichen Personen bestehenden Kommanditgesellschaften gegenüber denjenigen, die eine anonyme Kapitalgesellschaft als Gesellschafter aufgenommen hätten und verstosse deshalb gegen den Grundsatz der steuerlichen Gleichbehandlung aller Kapitalgesellschaften, vgl. zu diesem Problem auch Steinberg a.a.O., Hippe FR 62/382, Barth GmbH Rdsch. 62/41 ff. und B 62/713 ff.; Flume 381 ff.
- 3) Spitaler a.a.O., Gericke 207

2) auf anfechtbare Entscheidungen und zukünftige Verfahren

Ist ein Gesetz für nichtig erklärt worden, so ergibt sich aus der allgemeinen Regelung des § 79 II BVerfGG, dass zur Zeit der Entscheidung des BVerfG noch nicht rechtskräftige Entscheidungen mit den üblichen Rechtsmitteln anfechtbar sind bzw. von der Verwaltung zurückgenommen werden müssen. Arbeitsverträge zwischen Ehegatten wären z.B. demnach wie Arbeitsverträge zwischen Unternehmer und betriebsfremden Personen¹⁾, sonstige mit ihnen oder "wesentlich" beteiligten Personen getroffene Vereinbarungen oder Vergütungen für Mitarbeit im Betrieb wie Vereinbarungen oder Vergütungen an Dritte zu behandeln²⁾. Mit anderen Worten: alle derartigen Gehälter und Vergütungen müssen nunmehr als Betriebsausgabe analog §§ 7 GewStG, 15 II, Nr.4, IV EStG bei Errechnung der Gewerbesteuer absetzbar sein³⁾. Nach der Entscheidung des BVerfG ist jede Anwendung der für nichtig erklärten Normen ausgeschlossen; zuviel bezahlte Einkommens-, Gewerbe- oder Umsatzsteuern wären gem. § 150 ff. AO zurückzuerstatten⁴⁾.

Ein Blick auf die Praxis soll zeigen, ob tatsächlich nach diesen Grundsätzen verfahren wurde.

a) Einkommensteuerrecht

Nach der Nichtigerklärung des § 26 EStG 1951 wäre entsprechend den vom BVerfG zu Art.3 II und 6 I GG entwickelten Grundsätzen die getrennte Veranlagung von Ehegatten zur Einkommensteuer durchzuführen gewesen. Diese Konsequenz hat jedoch der BFH nicht gezogen; vielmehr war er der Ansicht, dass durch den Wegfall des § 26 EStG eine "echte Lücke im Gesetz" entstanden sei, die weder Rechtsprechung noch Verwaltung überbrücken könnten. Solange der Gesetzgeber keinen Ersatz für § 26 EStG a.F. geschaffen habe, könne über z.Zt.

1) Hippe FR 62/203

2) bez. § 8 Nr.3 u.4 GewStG vgl. Spitaler a.a.O., Steinberg a.a.O.

3) Spitaler a.a.O., Blümich-Boyens-Steinbring-Klein a.a.O.

4) gem. §§ 150 ff. AO wird zuviel gezahlte Steuer auf Antrag beim Finanzamt binnen Jahresfrist zurückerstattet (§ 153 AO)

der Entscheidung des BVerfG bei anderen Gerichten anhängige Verfahren und noch nicht rechtskräftige Bescheide über die Zusammenveranlagung von Ehegatten nicht endgültig entschieden werden; die anhängigen Steuersachen sollten vielmehr an das Finanzamt zurückverwiesen werden, das eine Bescheidung bis zu der gesetzlichen Neuregelung der Ehegattenbesteuerung zurückzustellen hatte¹⁾. Dieses Verfahren ist nicht unbestritten geblieben²⁾.

Denn die Auffassung des BFH läuft im Ergebnis darauf hinaus, dass bei allen z.Zt. der Nichtigserklärung des § 26 EStG a.F. anhängigen Steuersachen eine rechtskräftige Entscheidung verzögert, ja sogar verhindert werden sollte; diesem Bestreben wird wohl die Befürchtung zugrunde gelegen haben, dass im Fall der gesetzlichen Neuregelung der Ehegattenbesteuerung weniger Einkommensteuer als bisher bezahlt werden würde; denn waren die alten Bescheide rechtskräftig, aber noch nicht bezahlt, konnte gem. § 79 II S.2 BVerfGG keine Vollstreckung mehr erfolgen; d.h. eine Erhebung der Einkommensteuer war nun nicht mehr für den in der Vergangenheit liegenden Zeitraum, sondern nur noch ex nunc möglich. Waren die Bescheide dagegen noch nicht rechtskräftig, konnten sie durch Zurückstellung beim Finanzamt bis zu einer gesetzlichen Neuregelung in diesem Zustand gehalten, d.h. Einkommensteuer -entsprechend diesen Neuregelungen- für den gesamten zurückliegenden Veranlagungszeitraum erhoben werden.

Abgesehen davon, dass es schon nach allgemeinen Prozessgrundsätzen bedenklich sein muss, wenn Entscheidungen in anhängigen Verfahren durch Zurückstellung verzögert oder gar verhindert werden, muss man sich fragen, ob dadurch nicht der einzelne steuerpflichtige Bürger in eine unzumutbare Lage kommt: er hat -zunächst einmal- den Rechtsweg gegen seinen Steuerbescheid ohne Erfolg beschritten, denn das Ziel des von ihm angestrebten Verfahrens, nämlich eine rechtskräftige Entscheidung, durfte nach Ansicht des BFH

1) BFH 64/428 ff., (432 ff.)(436); BStBl. 57 III/161 ff.
(und 193)

2) Littmann, § 26, Anm. 12, Blümich-Falk, § 26, Anm. 3 o

vorherst ja gar nicht ergehen; wie lange dieser Schwebezustand dauern sollte, war ganz von dem Gesetzgeber abhängig. Zwar wurde relativ rasch für § 26 EStG a.F. eine Übergangsregelung getroffen¹⁾, man denke aber nur an die unerträgliche Rechtsunsicherheit, die entstanden wäre, wenn eine solche Neuregelung Jahre hätte auf sich warten lassen.

Überhaupt wäre die ganze Rechtsprechung des BFH für die Interimszeit nach der Nichtigerklärung des § 26 EStG a.F. wohl anders ausgefallen, wenn das Gericht seine Auffassung zu § 79 BVerfGG im Fall der Zusammenveranlagung zur Einkommensteuer überprüft hätte. Denn das BVerfGG hat nicht die Einkommensbesteuerung als solche, sondern nur eine bestimmte Modalität, eben die Zusammenveranlagung, für verfassungswidrig erklärt. Seine Entscheidung hatte nicht zur Folge, dass zur Einkommensteuer veranlagte Ehegatten – soweit ihre Bescheide rechtskräftig waren und sie noch nicht gezahlt hatten – für den zurückliegenden Zeitraum wegen des Vollstreckungsverbots des § 79 II Satz 2 BVerfGG überhaupt keine Steuern nachbezahlen mussten, sondern dass nur ein anderer Berechnungsmodus, d.h. die übliche Individualbesteuerung, zugrunde zu legen war. Die Befürchtung des BFH, Einkommensteuer könnte bei Ehegatten wegen des Vollstreckungsverbots des § 79 II Satz 2 BVerfGG nicht mehr erhoben werden, wenn die betreffenden anhängigen Verfahren rechtskräftig entschieden würden, wäre damit illusorisch, da ja § 79 II BVerfGG auf solche Fälle, in denen es nur um Modalitäten einer bestimmten Steuerart geht, ohnehin keine Anwendung findet. Vielmehr hätte man nun die Ehegattenbesteuerung aufgrund der üblichen Individualbesteuerung durchführen müssen; der rechtskräftige Bescheid über die Zusammenveranlagung hätte daran nichts geändert. Dadurch wäre die gesamte, vom BFH gewählte Lösung einer Zurückstellung anhängiger Verfahren und eines Abwartens bis zur Neuregelung nicht notwendig gewesen. Falls kein Ersatz für § 26 EStG a.F. geschaffen worden wäre, hätte die gesamte Ehegattenbesteuerung ohnehin auf die Individualbe-

¹⁾ durch Gesetz zur Änderung steuerrechtlicher Vorschriften vom 26.7.1957 (BGBl. I 848)

steuerung (Art.3, 6, 20 III GG, § 31 BVerfGG) umgestellt werden müssen und zwar -nach dem oben gesagten- unter Ausschaltung des § 79 II BVerfGG, d.h. unabhängig von der Rechtskraft der früheren Steuerbescheide im Wege der Zusammenveranlagung. Im Fall des § 27 EStG a.F. (Zusammenveranlagung von Eltern und Kindern) war z.B. auch so zu verfahren, nachdem er im Steueränderungsgesetz von 1964 ersatzlos weggefallen war.

Die Übergangsregelung des § 26 EStG durch das Gesetz vom 26.7.1957¹⁾ besagt für die zur Zeit der Entscheidung des BVerfG noch nicht rechtskräftigen Bescheide und für die zukünftige Ehegattenbesteuerung folgendes: Aus Zweckmässigkeitsgründen ist der Zeitpunkt der Auswirkung der Nichtigerklärung nicht auf die Rechtskraft der verfassungsgerichtlichen Entscheidung am 2.2.1957, sondern auf den 1.7.1957 festgesetzt worden. Nach § 26 I und II waren ab 30.6.1957 Ehegatten für den Zeitraum von 1949 - 1957 getrennt zu veranlagern; dies galt auch für gem. § 218 IV, 222 AO durchzuführende Berichtigungsveranlagungen. Am 30.6.1957 noch nicht rechtskräftige Bescheide (im Wege der Zusammenveranlagung) waren ebenfalls nach dem Modus der Individualbesteuerung von Amts wegen abzuändern. Eines Antrags auf Berichtigung bedurfte es dagegen bei Bescheiden, die nach der Entscheidung des BVerfG (2.2.57), aber vor dem 1.7.1957 rechtskräftig geworden waren (§ 26 III EStG)²⁾.

Hinsichtlich der weiteren für nichtig erklärten Vorschrift des Einkommensteuerrechts, des § 10 b EStG (Abzugsfähigkeit von Spenden an politische Parteien) fehlt bisher eine gesetzliche Neuregelung. Die Rechtslage ist unklar, nachdem das BVerfG es praktisch dem Ermessen der Finanzverwaltung überlassen hat, ob und inwieweit Steuerpflichtigen, die bis zur Nichtigerklärung des § 10 b EStG im Vertrauen auf dessen Gültigkeit Spenden an politische Parteien gegeben hatten, der dort vorgesehene Steuervorteil zu gewähren war³⁾. Die Oberfinanzdirektion Freiburg hat

1) a.a.O. 2) für rechtskräftige Bescheide s.u.Nr. 3 a
3) Bd.8/51 ff. (57)

z.B. auf Anfrage mitgeteilt, dass die Finanzverwaltung nach der Entscheidung des BVerfG nicht etwa alle noch anhängigen Verfahren -wie bei § 26 EStG a.F.- zurückgestellt habe, sondern regelmässig vom ersatzlosen Wegfall des § 10 b EStG ausgegangen sei. Es kam also darauf an, ob Spenden zu diesem Zeitpunkt bereits geleistet worden waren oder nicht. Klar war jedenfalls, dass vom Zeitpunkt der Nichtigerklärung des § 10 b EStG an Spenden an politische Parteien nicht mehr als Sonderausgaben bei Errechnung der Einkommensteuer abgesetzt werden konnten: inwieweit dagegen vor diesem Zeitpunkt erfolgte Zuwendungen in noch nicht rechtskräftigen Einkommensteuerbescheiden zu berücksichtigen waren, sollte nach Ansicht des BVerfG¹⁾ die Finanzverwaltung in eigener Zuständigkeit entscheiden.

b) Gewerbesteuerrecht

Im Gegensatz zu der Lage im Einkommensteuerrecht fehlt es an einer Stellungnahme des BFH, was nach der Nichtigerklärung des § 8 Nr.5 und 6 GewStG mit den noch nicht rechtskräftigen Gewerbesteuerbescheiden geschehen solle. Anhaltspunkte, wie die Finanzverwaltung nach dem 24.1.1962 verfahren ist, ergeben sich jedoch aus den Richtlinien der OFD Düsseldorf vom 23.3.1962²⁾.

Eine Zurückstellung der anhängigen Verfahren und ein Abwarten bis zur gesetzlichen Neuregelung ist allerdings hier nicht vorgesehen. Vielmehr ist der schon bei der Nichtigerklärung des § 26 EStG a.F. (s.o.Lit.a) angeführte Grundsatz bestätigt worden, dass die Verwaltung der durch den Spruch des BVerfG entstandenen neuen Rechtslage Rechnung zu tragen hat (Art.20 III GG i.V.m. § 31 BVerfGG). Die in Frage kommenden Gewerbesteuerbescheide sollten nämlich von Amts wegen unter Berücksichtigung der Entscheidung des BVerfG zu § 8 Nr.5 und 6 GewStG abgeändert und neu festgesetzt werden (Lit.b der Richtlinien); war aufgrund der Neufassung des § 26 EStG ein Einkommensteuerbescheid eines Ehegatten abgeändert worden, der seinen Gewinn aus

1) a.a.O.

2) BB 62/442

Gewerbebetrieb betraf, sollte der entsprechende, auf § 8 Nr.5 GewStG a.F. beruhende Steuer(mess)bescheid selbst dann noch geändert werden können, wenn er bereits unanfechtbar geworden war (Nr.3 der Richtlinien)¹⁾. Bei vorläufigen Steuerbescheiden gem. § 100 II AO sollte die Nichtigkeit des § 8 Nr.5 und 6 GewStG a.F. bei der endgültigen Festsetzung der Gewerbesteuer ebenfalls von Amts wegen berücksichtigt werden (Lit.d der Richtlinien).

Die ca. 1½ Jahre nach der Entscheidung des BVerfG ergangene Neufassung des GewStG²⁾ hat in § 36 a die von der OFD Düsseldorf eingeschlagene Linie im wesentlichen bestätigt, nur dass jetzt die Berichtigung von (am 24.1.62) noch nicht rechtskräftigen Steuer(mess)bescheiden³⁾ nicht mehr von Amts wegen, sondern auf Antrag durchgeführt wurde; dieser Antrag musste bis zum 31.12.1963 gestellt worden sein (Abs.V).

c) Sonstiges Steuerrecht

Hinsichtlich der übrigen für nichtig erklärten Vorschriften (§§ 1 III Nr.1 GrESTG, 8,18, 6 II UStG) gibt es weder in der Judikatur noch in Verwaltungsvorschriften ausdrückliche Hinweise für das zukünftige Verfahren. Man könnte daran denken, dass -entsprechend den zu § 8 Nr.5 und 6 GewStG ergangenen Richtlinien- die Finanzverwaltung auch in diesen Fällen noch nicht rechtskräftige Steuerbescheide in verfassungskonformer Weise berichtigt hat; die OFD Freiburg hat bestätigt⁴⁾, dass man nicht etwa alle anhängigen Verfahren bis zur Klärung durch den Gesetzgeber zurückgestellt hat, sondern regelmässig vom ersatzlosen Wegfall der für nichtig erklärten Vorschriften ausgegangen ist, die fraglichen Steuerbescheide offenbar also von Amts wegen berichtigt hat. §§ 26 III EStG 1957 und 36 a I GewStG

1) Diese Anweisung bedeutet praktisch eine Durchbrechung des § 79 II S.1 BVerfGG, weil darin eine Ausnahme von dem Grundsatz der Aufrechterhaltung unanfechtbarer Entscheidungen gemacht wird.

2) BStBl. 63/I/557

3) unter § 36 a fielen alle Steuer(mess)bescheide zwischen 1949 und 1961, ebenso die, die vor dem 25.1.1962 erlassen wurden und gegen die Verf.beschw.eingelegt worden war.

4) am 8.1.1965

1963 sehen eine solche Berichtigung zwar nur auf Antrag des Steuerpflichtigen vor, jedoch müsste dies auch in den anderen Fällen verfassungswidriger Steuernormen ausdrücklich durch Gesetz vorgeschrieben sein und es bis dahin dabei bleiben, dass die Finanzverwaltung ex officio tätig wird. Gesetzliche Neuregelungen der für nichtig erklärten §§ 10 b EStG, 1 III Nr.1 GrEStG, 8,18 UStG sind bis heute noch nicht erfolgt¹⁾; die Bestimmungen sind lediglich aus den Gesetzestexten gestrichen.

3) auf formell bestandskräftige Entscheidungen

Eine relativ einfache Rechtslage würde sich ergeben, wenn § 79 II BVerfGG ohne weiteres anwendbar wäre: denn dann würden alle z.Zt. der Entscheidung des BVerfG unanfechtbaren Steuerbescheide von der Nichtigkeitserklärung der zugrunde liegenden Norm unberührt bleiben (S.1). Waren die Steuern noch nicht bezahlt, wäre eine zwangsweise Beitreibung allerdings unzulässig (S.2).

Eine Anwendung kommt jedoch nur vorbehaltlich einer "besonderen gesetzlichen Regelung" in Frage (§ 79 II, S.1). Wegen des subsidiären Charakters des § 79 II BVerfGG muss deshalb zunächst untersucht werden, ob die Folgen für nichtig erklärte Steuergesetze nicht durch Spezialnormen geregelt sind bzw. ob nicht gewisse Vorschriften analog als Spezialnormen angewendet werden können.

a) Einkommensteuerrecht

Hier ist der bereits erwähnte § 26 EStG 1957 anzuführen, der auch Regelungen hinsichtlich der rechtskräftigen Einkommensteuerbescheide enthält und seinem Inhalt nach dem § 79 II BVerfGG entspricht. Für § 27 EStG a.F. dagegen ist keine Neuregelung erfolgt; im Steueränderungsgesetz 1964 ist die Vorschrift ersatzlos weggefallen.

Was besagt nun § 26 EStG 1957 im einzelnen? Er spricht in Abs.V aus, dass grundsätzlich keine Berichtigung von vor dem 21.2.1957 rechtskräftigen Zusammenveranlagungen erfol-

1) Auskunft der OFD Freiburg vom 8.1.1965

gen kann¹⁾. Nach Abs. VI sind zuviel gezahlte Einkommensteuern aufgrund rechtskräftiger Veranlagungen insoweit auf Antrag zu erstatten, als die Steuerbeträge bei einer getrennten Veranlagung nicht zu entrichten gewesen wären. Vor dem 1.7.57 rechtskräftige Bescheide, deren Steuersumme noch nicht bezahlt und bei denen eine Vollstreckung gem. § 79 II S.2 BVerfGG nicht mehr zulässig war, waren gem. § 26 Abs. IV EStG 1957 zu "berichtigen", d.h. neu -nach getrennter Veranlagung- festzusetzen. Dasselbe galt gem. § 26, Abs. III auch für Bescheide, die zwischen der Entscheidung des BVerfG (21.2.1957) und dem 1.7.57 rechtskräftig geworden waren. Die Berichtigungsmöglichkeit ist dadurch aus Zweckmässigkeits- und Billigkeitsgründen über § 79 II BVerfGG hinaus um über vier Monate verlängert worden²⁾.

Für Steuerbescheide, die gem. §§ 218, IV, 222 AO berichtet worden waren, galten gewisse Sonderregelungen. Nach dem hier vor allem interessierenden § 222 I Nr.1 und 2 können Steuerbescheide -unabhängig von ihrer Rechtskraft- abgeändert werden, die eine höhere bzw. niedrigere Veranlagung rechtfertigen³⁾. Für diese, einen grossen Teil der fraglichen Einkommensteuerbescheide umfassenden Fälle konnte sich jedoch die nunmehr neu durchzuführende getrennte Veranlagung (§ 26 IV EStG) und damit ein eventueller Übergang in eine niedrigere Steuerklasse kaum zugunsten der Betroffenen auswirken; eine Steuerermässigung unter den bisher festgesetzten Betrag war ausdrücklich ausgeschlossen. Dies geschah auf folgende Weise: Nach § 26 II Nr.2 EStG war die getrennte Veranlagung zunächst bei nach dem 30.6.1957 durchzuführenden Berichtigungen zugrunde zu legen; für die Frage, ob danach eine höhere oder niedrigere Steuer als in dem alten Bescheid zu entrichten war, wurde der bisherige Steuerbetrag mit dem Betrag, der sich bei B e i b e h a l t u n g der Zusammenveranlagung ergeben würde, verglichen. Ergab sich dabei ein höherer Betrag,

1) vgl. Schall, 405 ff.

2) vgl. ausführlich Herrmann-Heuer, § 26, Anm. 1

3) hierzu näher unter Buchst. c, aa

so durfte die bisher festgesetzte Steuer nicht unterschritten werden, d.h. die getrennte Veranlagung konnte sich nur in Höhe der Differenz zugunsten des einzelnen bemerkbar machen.

Gem. § 26 IV S.2 wurde die Regelung des Abs.II Nr.2 auch auf (vor dem 1.7.57) rechtskräftige Berichtigungsveranlagungen aufgrund der §§ 218 IV, 222 AO für anwendbar erklärt. Dadurch war schon einmal gesichert, dass bei Vorhandensein an sich steuererhöhender neuer Tatsachen (§ 222 I Nr.1 AO), bei denen sich jedoch nach der nun durchzuführenden getrennten Veranlagung trotzdem für den einzelnen Ehepartner eine niedrigere Steuerklasse ergeben könnte, der Fiskus auf jeden Fall nicht weniger als nach der bisherigen Zusammenveranlagung erhielt. Denn diese wurde ja auch als Masstab für einen eventuellen Mehrbetrag nach der neuen Berechnung beibehalten und § 26 II Nr.2 Satz 2 und 3 i.V.m. Abs.IV Satz 2 EStG 1957 hatte ausdrücklich eine Unterschreitung des ursprünglich festgesetzten Betrages für unzulässig erklärt. Der BFH hat dazu die Ansicht vertreten¹⁾, dass ein solches Unterschreitungsverbot einen allgemeinen Grundsatz des Steuerrechts bilde und dass keine Bedenken dagegen zu erheben seien.

Dem Sinn nach müsste nun die Sperre des § 26 II Nr.2 EStG nur für diejenigen rechtskräftigen Berichtigungsbescheide gelten (§ 26 IV Satz 2 EStG), die wegen der Aufdeckung neuer, steuererhöhender Tatsachen ergangen sind. Sind dagegen ausschliesslich neue steuerermässigende Tatsachen bekannt geworden, wird sich die durchzuführende getrennte Veranlagung in vollem Umfang zugunsten der steuerpflichtigen Ehepartner auswirken²⁾.

Sind aber einkommenserhöhende neben einkommensmindernden Tatsachen bekannt geworden, könnte fraglich sein, ob das

1) BFH 62 III/223; nur wenn sich bei Beibehaltung der bisherigen Zusammenveranlagung ein niedrigerer Betrag als ursprünglich vorgesehen ergeben würde, könne sich eine getrennte Veranlagung voll auswirken; so auch FG Stgt, EFG 61/130

2) BStBl. 61. III/574 ff.

Verbot des § 26 II Nr.2 EStG, bei der Steuerneuerrechnung den Betrag des auf diese Tatsachen hin ergangenen Berichtigungsbescheids zu unterschreiten, auch für diese Fälle gelten soll. Der BFH hat eine Anwendung des § 26 II Nr.2 EStG befürwortet¹⁾, indem er ausgeführt hat, auch hier sei als Vergleichsmaßstab die bisherige Zusammenveranlagung der Ehegatten heranzuziehen; dass sich dabei (infolge der progressiven Steuersätze) kaum jemals eine niedrigere Einkommensteuer ergeben kann, liegt auf der Hand. Der BFH ist jedoch der Ansicht, dass § 26 Nr.2 S.2 und 3 EStG 1957 ausschließlich auf das Ergebnis der Berichtigung im Fall der bisher geübten Veranlagungsart abstelle und dass daneben einkommensmindernde neue Tatsachen keine Wirkung entfalten könnten²⁾. Die Rechtskraft des alten -aufgrund der Zusammenveranlagung ergangenen- Steuerbescheids bleibe deswegen immer dann aufrechterhalten, wenn das Ergebnis der neuen Steuererrechnung unter Zugrundelegung des alten Maßstabs auf einen erhöhten Steuerbetrag lauten würde. Damit sei auch kein Raum für die im Schrifttum vertretene Auffassung³⁾, dass bei Bekanntwerden einer einkommenserhöhenden und einer einkommensmindernden neuen Tatsache die Rechtskraft des alten Bescheids aufgehoben, d.h. bei Anwendung der getrennten Veranlagung nunmehr eine niedrigere Steuer als ursprünglich vorgesehen festgesetzt werden könne. Eine solche Auslegung würde zu einer ungerechtfertigten Besserstellung gegenüber denjenigen Steuerpflichtigen, deren Veranlagung vor dem 1.7.1957 rechtskräftig abgeschlossen wurde (§ 26 V EStG), führen. Es komme somit immer nur auf das Ergebnis der zu berichtigenden Steuerbescheide aufgrund des bisherigen Veranlagungsmodus an; verfassungsrechtliche Bedenken seien dagegen nicht zu erheben⁴⁾.

1) BFH 62 III a.a.O.

2) eine Ausnahme sollte nur dann gelten, wenn die einkommensmindernden die einkommenserhöhenden Tatsachen überwiegen (BFH BB 62/400)

3) Blümich-Falk, 1368

4) zust. FG Rheinland Pfalz EFG 62/302

Die Entscheidung verdient aus verschiedenen Gründen Kritik. Einmal ist es zweifelhaft, ob das Unterschreitungsverbot von Steuerbescheiden im Wege der Berichtigung (§ 222 AO) wirklich als "allgemeiner Grundsatz des Steuerrechts" Gültigkeit beanspruchen kann. Wenn nach Ansicht des BFH die Rechtskraft des Steuerbescheids aufrechterhalten werden muss, so ist schwer einzusehen, warum eine Unterschreitung eine Änderung darstellen soll, nicht aber auch eine Überschreitung: in beiden Fällen wird doch ein anderer als der ursprünglich festgesetzte Betrag errechnet. Der Wortlaut des § 222 I AO besagt, dass eine "Änderung" von Steuerbescheiden stattfindet, wenn sowohl steuererhöhende als auch steuerermässigende neue Tatsachen bekannt oder aufgedeckt werden; auch § 234 AO, wonach ein Berichtigungsbescheid angefochten werden kann, "soweit die Änderung reicht", ergibt keine Anhaltspunkte, dass sich die Änderung nur auf Steuermehrbeträge beziehen soll. Wenn der BFH meint, eine Unterschreitung des ursprünglichen Steuerbetrages sei wegen der Rechtskraft des alten Steuerbescheids unzulässig, so schneidet er damit ein anderes Problem als das der §§ 222 ff. AO an; denn die Berichtigungsvorschriften gelten unabhängig von der Rechtskraft der Steuerbescheide. Denkbar wäre höchstens, dass bei der Ansicht des BFH fiskalische Erwägungen eine Rolle gespielt haben; aber weder aus dem Wortlaut, noch aus Sinn und Zweck der Berichtigungsvorschriften geht hervor, dass bei Vorliegen einkommenserhöhender u n d einkommensmindernder neuer Tatsachen dem Fiskus auf jeden Fall nicht weniger als der ursprüngliche Steuerbetrag gesichert werden sollte. In § 26 EStG wurde diese Sicherung noch dadurch verstärkt, dass bei der Errechnung der neuen Einkommenssteuer die bisherige Zusammenveranlagung als Bemessungsgrundlage diene, die infolge der progressiven Steuersätze selbst dann, wenn, wie erwähnt, einkommensmindernde neben einkommenserhöhenden neuen Tatsachen aufgedeckt waren, regelmässig zu seiner steuerlichen Mehrbelastung führen musste.

Eine zweite Frage wäre, ob § 26 II Nr.2 Satz 2 und 3 i.V.m. Abs.IV Satz 2 EStG 1957 nicht gegen den in § 79 II Satz 2

BVerfGG niedergelegten Grundsatz eines Vollstreckungsverbots von auf nichtigen Normen beruhenden Entscheidungen verstösst. Rechtskräftige, auf einer Berichtigungsveranlagung (§§ 218 IV, 222 I Nr.1 und 2 AO) beruhende Steuerbescheide konnten ja noch nach dem Stichtag des 1.7.57 abgeändert werden, wobei jedoch der ursprünglich festgesetzte Steuerbetrag nicht unterschritten werden konnte. Das bedeutet im Ergebnis, dass zumindest dieser Betrag als Steuer bezahlt werden musste und dass dessen u.U. zwangsweise Beitreibung im Grunde der Zwangsvollstreckung des im Wege der für verfassungswidrig erklärten Zusammenveranlagung festgesetzten alten Steuerbescheids gleichkam. In diesen Fällen wäre also -folgt man der Rechtsprechung des BFH- eine Umgehung des Vollstreckungsverbots des § 79 II S.2 BVerfGG erreicht; eine verfassungsgerichtliche Überprüfung des § 26 II Nr.2 S.2 und 3 EStG 1957 ist bisher allerdings nicht erfolgt; das BVerfG hat bisher lediglich die Verfassungsmässigkeit der allgemeinen Regelung des Abs.V (keine Berichtigung von vor dem 21.2.1957 rechtskräftig gewordenen Steuerbescheiden) bestätigt¹⁾.

b) Gewerbesteuerrecht

Auch hier sind "besondere gesetzliche Regelungen" ergangen, die die Folgen des für nichtig erklärten § 8 Nr.5 und 6 GewStG festlegen.

Die bereits erwähnte Neufassung des GewStG vom 30.7.1963²⁾ sah für Steuerbescheide aus den Jahren 1949-1961, die vor der Entscheidung des BVerfG (25.1.1962) rechtskräftig geworden waren, in § 36 a folgendes vor³⁾: eine nachträgliche Abänderung war nicht möglich, vor diesem Zeitpunkt gezahlte Steuern konnten nicht zurückerstattet werden. Später entrichtete Steuern waren auf Antrag zu erstatten, wenn sich nach dem neuen Modus der Errechnung von Gewerbesteuern ein niedrigerer Betrag ergeben würde⁴⁾. Die Regelung stimmte

1) Bd. 7/194

2) BStBl. I/557

3) für Einzelheiten hinsichtlich §§ 8 Nr.6 und 11 II GewStG vgl. Barth, GmbHRdsch. 62/41 ff.

4) vgl. § 36 b GewStG 1963

also im grossen ganzen mit § 26 EStG überein; Stellungnahmen des BFH, die auch für die Neuerrechnung der Gewerbesteuer bei (nach §§ 218 IV, 222 I Nr.1 und 2 AO) berichtigten Steuerbescheiden eine Unterschreitung des bisherigen Betrags für unzulässig erklärten, liegen jedoch -soweit ersichtlich- noch nicht vor.

In der Zeit zwischen Nichtigerklärung des § 8 Nr.5 und 6 und der Neufassung des GewStG hätte die Finanzverwaltung nach den Grundsätzen des § 79 II BVerfGG verfahren müssen; bestätigt wird dies z.B. durch die bereits oben erwähnten Richtlinien der OFD Düsseldorf (vom 23.3.1962), wonach eine Berichtigung von vor dem 25.1.1962 rechtskräftig gewordenen Steuerbescheiden für unzulässig erklärt wurde; eine Abänderung in analoger Anwendung des § 222 AO¹⁾ war ebenfalls ausgeschlossen, da die Nichtigerklärung einer Norm keine "neue Tatsache" i.S. dieser Vorschrift bilden konnte (Lit. a und c der Richtlinien). Auch von einer Vollstreckung rechtskräftiger Bescheide war -in Übereinstimmung mit § 79 II S.2 BVerfGG- bis zum Erlass einer gesetzlichen Neuregelung, d.h. also 1½ Jahre lang, Abstand zu nehmen (Lit. a der Richtlinien)²⁾. Vor allem fehlten der Entscheidung des BFH zu § 26 EStG a.F.³⁾ entsprechende Anordnungen darüber, dass anhängige Verfahren von den Finanzämtern solange zurückzustellen, d.h. nicht zu entscheiden waren, ehe nicht die Lücke im Gesetz durch den Gesetzgeber geschlossen worden war.

c) Sonstiges Steuerrecht

Sind hinsichtlich der §§ 26 EStG a.F., 8 Nr.5 und 6 GewStG gesetzliche Sonderregelungen ergangen, so ist für die übrigen für nichtig erklärten Vorschriften bisher noch kein Ersatz geschaffen worden. Es fragt sich deshalb, ob in diesen Fällen § 79 II BVerfGG unmittelbar Anwendung finden muss, oder ob sonstige steuerrechtliche Vorschriften u.U. analog als Spezialnormen herangezogen werden können.

1) hierzu näher unter Buchst. c, aa

2) eine Ausnahme sollte für die nach § 35 b II GewStG rechtskräftig gewordenen Bescheide gelten (Ziff. e d.Richtl.)

3) Bd. 64/428 ff. 432 ff.

Es wird zwar die Auffassung vertreten, dass § 79 II BVerfGG eine abschliessende Regelung aller Folgen für nichtig erklärter Normen enthalte und dass seine Subsidiaritätsklausel lediglich eine "Mahnung an den Gesetzgeber" sei, in besonderen Härtefällen Ausnahmen zu schaffen¹⁾. Dann aber müssten die §§ 26 EStG 1957, 36 a und b GewStG 1963 solche Ausnahmeregelungen bilden; sie hatten jedoch nicht einzelne Härtefälle im Auge, sondern regelten sämtliche Folgen der für nichtig erklärten Ehegattenbesteuerung und der Nichtberücksichtigung von Ehegatten-Arbeitsverträgen; auch materiell waren sie keine "Ausnahmen" von § 79 II BVerfGG, sondern entsprachen im wesentlichen seinen Grundsätzen.

Auch aus Sinn und Zweck des § 79 II BVerfGG lässt sich nichts für eine solche Einschränkung der Subsidiaritätsklausel herleiten. Der Gesetzgeber sollte vielmehr die Möglichkeit erhalten, in jedem Fall einer für nichtig erklärten Norm Sonderregelungen zu treffen. D.h. also, dass § 79 II BVerfGG jede anderweitige gesetzliche Regelung zulässt. Es fragt sich nur, ob hierunter auch die allgemeinen Vorschriften des Steuerrechts über die Abänderung rechtskräftiger, aber fehlerhafter Steuerbescheide fallen. Anders ausgedrückt, es kommt darauf an, ob die Nichtigserklärung einer Norm einen Fehler in diesem Sinne darstellt, der eine Änderung der darauf beruhenden rechtskräftigen Entscheidungen rechtfertigen könnte. Bejahendenfalls wären dann nämlich viele auf nichtigen Steuernormen beruhende Bescheide dem § 79 II BVerfGG entzogen und den Sonderregelungen des allgemeinen Steuerrechts unterworfen. Hier²⁾ kommen zunächst die

aa) §§ 222 ff. AO als Spezialnormen

in Betracht. Die Abgabenordnung ist jedoch vorkonstitutionelles Recht. Aus diesem Grund wird es teilweise abgelehnt, dass ihre Vorschriften in irgendeiner Weise für die Fälle nichtiger Normen in Frage kommen könnten³⁾. Wortlaut

1) Kneser 183

2) die §§ 150 ff. AO scheiden von vornherein aus, da sie nur technische Vorschriften über die Rückzahlung von Steuern enthalten

3) Kneser a.a.O.

und Entstehungsgeschichte des § 79 II BVerfGG ergeben allerdings keine Anhaltspunkte dafür, dass die Subsidiaritätsklausel des § 79 II BVerfGG nur für nachkonstitutionelles Recht gelten solle; auch Rechtsprechung¹⁾ und Literatur²⁾, die §§ 222 ff. AO nicht als Spezialnormen i.S. des § 79 II BVerfGG anerkennen, begründen ihre Ablehnung nicht damit, dass die Abgabenordnung schon vor Erlass des BVerfGG gegolten habe. Eine Untersuchung der §§ 222 ff. AO darf deswegen nicht schon aus diesem formellen Grund unterbleiben. Massgebende Vorschriften sind die §§ 222 und 234 AO. Was besagen sie im einzelnen?

§ 222 AO sieht in Abs. I vor, dass ein schriftlicher Steuerbescheid abgeändert werden kann,

1. "...wenn Tatsachen oder Beweismittel bekannt werden, die eine höhere Veranlagung rechtfertigen..."
2. "...wenn (sinngemäss) bei Buch- und Betriebsprüfungen neue Tatsachen bekannt werden, die eine niedrigere Veranlagung rechtfertigen..."
3. "...wenn bei einer Prüfung durch die Aufsichtsbehörde Fehler aufgedeckt werden, deren Berichtigung eine höhere Veranlagung rechtfertigt..."
4. "...wenn bei einer Prüfung durch die Aufsichtsbehörde Fehler aufgedeckt werden, deren Berichtigung eine niedrigere Veranlagung rechtfertigt..."

Abs. II lautet:

"Eine Berichtigungsveranlagung darf nicht auf eine nach Entstehung des Steueranspruchs erlassene Entscheidung des (Reichs-) Finanzhofs³⁾ gestützt werden, in der eine Rechtsfrage im Gegensatz zu einer früheren, einen gleichen Sachverhalt betreffenden höchstrichterlichen Entscheidung entschieden wird."⁴⁾

Über die Anfechtung der Berichtigungsveranlagung bestimmt § 234 AO:

"Bei Steuerbescheiden, die frühere Steuerbescheide ändern, z.B. in den Fällen der §§ ... und des § 222, ist der neue Bescheid selbständig anfechtbar, soweit die Änderung reicht."

1) z.B. FG Stgt. EFG 59/74

2) Barth a.a.O. 43

3) an die Stelle des Reichsfinanzhofs ist nunmehr der BFH getreten

4) Zu § 222 im einzelnen vgl. Kühn, § 222, 1 ff., Kremer 93 ff., Niemann 831 ff.

Beim Durchlesen des § 222 AO fällt zunächst auf, dass nicht auf die Rechtskraft der zu ändernden Steuerbescheide abgestellt wird, sondern eine Berichtigung ganz allgemein für jede Art von Steuerbescheiden unabhängig von ihrer Rechtskraft zulässig ist. Auf nichtigen Steuernormen beruhende, rechtskräftige Steuerbescheide können aber nur dann unter § 222 AO fallen, wenn die Nichtigserklärung durch das BVerfG eine "neue Tatsache" i.S. von Ziff.1 und 2 darstellt¹⁾, die eine höhere bzw. niedrigere Veranlagung rechtfertigt²⁾.

Die Frage ist in Rechtsprechung³⁾ und Schrifttum⁴⁾ weitgehend ablehnend beantwortet worden. Es herrscht die Auffassung, dass der Begriff "Tatsache" so eindeutig gefasst sei, dass eine Änderung der Rechtslage, zu der auch der Wegfall einer für nichtig erklärten Norm gehöre, dabei keinesfalls Berücksichtigung finden könne. Hinzuweisen ist ausserdem noch auf § 222 II AO, der ausdrücklich die Abänderung eines Steuerbescheids aufgrund einer veränderten höchstrichterlichen Rechtsprechung für unzulässig erklärt. Man könnte zwar einwenden, die Nichtigserklärung einer Norm sei grundsätzlich etwas anderes als eine blosser Änderung der Rechtsprechung. Sieht man jedoch Abs. I und II im Zusammenhang, so wird deutlich, dass eben noch einmal ausdrücklich klargestellt werden sollte, dass nur eine Änderung der tatsächlichen, nicht aber der rechtlichen Gegebenheiten zu einer Berichtigung führen sollten⁵⁾. Zweck und Sinn der Vorschrift verlangen deshalb, diesen Grundsatz analog auch auf die Fälle, in denen Normen durch höchstrichterlichen Spruch für nichtig erklärt werden, auszudehnen⁶⁾. Dass diese Fälle nicht in § 222 II AO aufge-

- 1) zu diesem Begriff ausführlich Kühn, § 222, 5, Barth a.a.O. 41 ff.
- 2) entsprechendes würde für § 222 I Nr.3 und 4 AO gelten, wo die Nichtigserklärung einen "Fehler" darstellen müsste (so z.B. Tipke-Kruse, § 222, 4), der nach seiner "Aufdeckung eine Berichtigung zur Folge hätte. Dagegen spricht aber schon der Wortlaut.
- 3) FG Düsseldorf EFG 60/160, 62/355, FG Hambg. EFG 63/130 FG Stgt. EFG 63/136
- 4) vgl. statt vieler Felix GmbHRdsch. 62/129 ff.
- 5) Kühn, § 222, 9, RFH RStBl. 33/178 und 38/178
- 6) Kühn a.a.O., Laux Sp. 297, FG Düsseldorf a.a.O.

nommen wurden, war lediglich darauf zurückzuführen, dass zur Zeit des Inkrafttretens der AO die Überprüfung der Verfassungsmässigkeit von Gesetzen noch zu dem allgemeinen richterlichen Prüfungsrecht gehörte, weil ein besonderes Verfassungsgericht dafür noch nicht eingerichtet war.

Einigkeit herrscht auch darüber, dass bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen des § 222 I AO a u c h die Verfassungswidrigkeit der dem Steuerbescheid zugrundeliegenden Vorschrift mit berücksichtigt werden kann. Das FG München hat z.B. ausdrücklich festgestellt¹⁾, dass, wenn eine Unterschreitung des rechtskräftig festgesetzten Steuerbetrags zulässig sei, falls sich Tatsachen zugunsten des Steuerpflichtigen geändert haben, dies auch dann gelten müsse, wenn die diesen Tatsachen zugrundeliegenden Rechtsnormen eine Änderung zu seinen Gunsten erfahren hätten, also insbesondere dann, wenn sie für nichtig erklärt worden seien²⁾.

Heftig umstritten ist dagegen die Frage, ob ein nach § 222 I AO berechtigter Steuerbescheid noch nachträglich mit der Begründung angefochten werden kann, die zugrundeliegende Norm sei in der Zwischenzeit vom BVerfG für nichtig erklärt worden. Der Wortlaut des § 234 AO gestattet eine Anfechtung an sich nur, "soweit die Änderung reicht". D.h., dass der Wegfall der Norm dem Steuerpflichtigen nur in Höhe der Differenz zwischen altem und neuen Steuerbescheid zugute kommen kann. Eine Aufhebung des gesamten berechtigten Bescheides würde dagegen praktisch die Regelung des § 79 II S.1 BVerfGG ausser Kraft setzen.

Die überwiegende Meinung in Rechtsprechung³⁾ und Schrifttum⁴⁾ will sich deshalb streng an den Wortlaut des § 234 AO halten und eine Anfechtung wegen verfassungswidriger Rechts-

1) EFG 60/485

2) vgl. hierzu näher Felix a.a.O. mit weit.Nachw.

3) z.B. FG Stgt. EFG 59/74, FG Düsseldorf a.a.O., FG Nürnberg EFG 62/130, FG Kassel EFG 61/186

4) Barth a.a.O., Hippe FR 62/199 ff., Laux a.a.O., v.Scheuel, 1180, Niemeyer 285, Kühn § 222, 9, Lenski 266

grundlage nur in Höhe der nach § 222 AO erfolgten Änderung zulassen. Dies bedeutet, dass der ursprünglich festgesetzte Steuerbetrag im Anfechtungsverfahren nicht unterschritten werden kann¹⁾, da ja eine für den Betroffenen günstige Anfechtung nur dann in Frage kommt, wenn die Berichtigung einen höheren Betrag ergeben hat.

Zahlreiche Autoren sind jedoch anderer Ansicht. Bei gem. § 222 AO berichtigten Steuerbescheiden wollen sie -falls die zugrundeliegende Norm für nichtig erklärt worden ist- eine Anfechtung ohne Beschränkung "soweit die Änderung reicht" zulassen, und damit dem Steuerpflichtigen die Möglichkeit geben, die Aufhebung des gesamten Berichtigungsbescheids geben²⁾.

Ob jedoch eine solche Besserstellung des einzelnen Steuerpflichtigen gegen den Wortlaut des § 234 AO erfolgen kann, erscheint zweifelhaft. Hinzukommt, dass die Vorschrift keinen selbständigen Tatbestand enthält, sondern an die Berichtigungsvorschriften, insbesondere § 222 AO anknüpft, dessen Voraussetzungen also zur Grundlage hat. Wie bereits erwähnt, will aber § 222 AO gerade Berichtigungen eines Steuerbescheides wegen Veränderungen der rechtlichen Grundlage ausschliessen; eine solche Berichtigung kann aber dann auch nicht auf dem Umweg über § 234 AO erreicht werden; der Fall liegt hier anders als bei den unter a) und b) angeführten Spezialnormen des Einkommen- und Gewerbesteuerrechts: letztere sind ausdrücklich und ausschliesslich wegen der nichtig erklärten §§ 26 EStG a.F., 8 Nr.5 und 6 GewStG a.F. ergangen und treffen detaillierte Regelungen über die Folgen; § 234 AO dagegen hat den Tatbestand des § 222 AO zur Voraussetzung und ist für den Fall verfassungswidriger Rechtsgrundlagen von Steuerbescheiden gar nicht gedacht. Man kann § 234 AO deshalb auch nicht -wie es z.T.

- 1) zur Frage, ob eine Unterschreitung von Steuerbescheiden im Anfechtungsverfahren überhaupt zulässig ist, vgl. Kühn, § 234, 2, BFH BStBl.55 III/356, ablehnend RFH RStBl. 41/122
- 2) Tipke-Kruse, § 222, 4, Felix a.a.O.; Spitaler BB 62/421ff. 63/132 und UStR.58/113 mit der Begründung, gem. § 234 AO anfechtbare Entschlüsse fielen nicht mehr unter § 79 II S.1 BVerfGG

geschieht¹⁾ - als "besondere gesetzliche Regelung" i.S. des § 79 II BVerfGG ansehen und auf eine Stufe mit den oben erwähnten Spezialnormen stellen.

Der h.M. ist deshalb insoweit zuzustimmen, als die §§ 222, 234 AO als Sonderregelungen i.S. des § 79 II BVerfGG ausscheiden müssen. Bei berechtigten Steuerbescheiden kann sich eine nichtige Steuervorschrift also nur dann zugunsten des Steuerpflichtigen auswirken, wenn die sonstigen Voraussetzungen des § 222 AO vorliegen, oder wenn die Berichtigung in Höhe der Differenz zwischen altem und neuem Steuerbetrag gem. § 234 AO angefochten wird. Ist z.B. ein Unternehmer oder eine Kapitalgesellschaft gem. § 8 Nr.5 bzw. Nr.6 GewStG a.F. zur Steuer veranlagt und sind die Bescheide später aufgrund neuer Tatsachen nach § 222 AO abgeändert worden, so können die Betroffenen die Abänderungsbescheide in Höhe des Differenzbetrages mit der Begründung gem. § 234 AO anfechten, die ihnen zugrundeliegenden Vorschriften seien inzwischen vom BVerfG für nichtig erklärt worden; zur Zahlung des Differenzbetrags seien sie deshalb nicht mehr oder nicht mehr in dieser Höhe verpflichtet.

Aber selbst diese, auf die Fälle des § 222 AO begrenzte Möglichkeit, die Verfassungswidrigkeit steuerrechtlicher Vorschriften zu berücksichtigen, steht noch auf recht unsicherem Boden²⁾. Eine Überprüfung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Steuerpflichtigen ist zwar keine Ermessensentscheidung, sondern eine Pflicht der Verwaltung. In der Bestimmung, wann eine "neue Tatsache", die eine höhere oder niedrigere Steuer rechtfertigen würde, vorliegt, ist sie jedoch relativ frei. Es wird zwar gefordert, dass hierbei die Gesichtspunkte von Treu und Glauben zu berücksichtigen seien³⁾; z.B. wäre es unzulässig, wenn das Finanzamt Tatsachen, die ihm bei Erlass des ursprünglichen Bescheides bekannt waren, nachträglich als steuererhöhende Tatsachen behandeln würde. Jedoch bietet die Formel von "Treu und Glauben" für die Verwaltung zu wenig konkrete

1) Tipke-Kruse a.a.O.

2) vgl. Kühn, § 222, 4, RFH RStBl. 37/1050

3) Kühn, a.a.O.

Anhaltspunkte; es lässt sich nicht ausschliessen, dass mehr steuererhöhende als steuerermässigende Sachverhalte zur Prüfung und Berücksichtigung gelangen und dass sich auch in dieser Hinsicht eine Art "Sonderrecht" der Steuerverwaltung¹⁾ bemerkbar machen könnte.

Es ist deshalb zu fragen, ob es nicht noch andere Vorschriften gibt, die im Falle für nichtig erklärter Steuernormen Anwendung finden können. Schon in den einleitenden Erörterungen zu § 79 II BVerfGG (Teil 1, dritter Abschnitt) wurde festgestellt, dass die Verwaltung Entscheidungen aufgrund solcher Normen soweit wie möglich zurücknehmen muss.

bb) §§ 93 ff. AO als Spezialnormen

Im Steuerrecht gibt es nun eine ganze Anzahl von Vorschriften, die sich auf die Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte beziehen. § 93 AO stellt folgenden Grundsatz auf:

"Erachtet eine Behörde eine Verfügung nachträglich für ungerechtfertigt, so ist sie, soweit... nichts Abweichendes bestimmt ist, berechtigt, sie zurückzunehmen oder zu ändern."

An sich sind auch auf nichtigen Normen beruhende Verfügungen fehlerhafte Verfügungen i.S. des § 93 AO. Die Vorschrift gilt jedoch nur subsidiär; die §§ 94 ff. AO schränken die Rücknehmbarkeit erheblich ein: § 94 bezieht sich z.B. nur auf Steuerbescheide gem. §§ 211, 212, 214, 215 und 212 a AO und enthält eine kasuistische Aufzählung der dabei in Frage kommenden Fälle; begünstigende Entscheidungen können nur unter erschwerten Voraussetzungen rückgängig gemacht werden (§ 96). Ganz allgemein gewähren aber die §§ 93 ff AO keinen Rechtsanspruch auf Rücknahme einer fehlerhaften Entscheidung; sie steht im Ermessen der Behörde und ist damit auf den Fall der Fehlerhaftigkeit aufgrund einer für nichtig erklärten Vorschrift nicht zugeschnitten; denn da bleibt für die Überlegung der Behörde, ob die Entscheidung ungerechtfertigt ist oder nicht, kein Raum mehr. Die §§ 93 ff. AO müssen deshalb ebenfalls als Sonderregelungen i.S. des § 79 II BVerfGG ausser Betracht bleiben.

1) vgl. Patzig a.a.O.

cc) die Lösungen des Schrifttums

Wenn damit AO keine Regelungen hinsichtlich der Abänder- oder Rücknehmbarkeit von auf nichtigen Normen beruhenden Steuerbescheiden enthält, müsste an sich § 79 II BVerfGG unmittelbar Anwendung finden. Gegen eine Geltung der Vorschrift im Steuerrecht sind jedoch viele grundsätzliche Einwände laut geworden.

Manche Autoren¹⁾ vertreten die Ansicht, § 79 II BVerfGG müsse schon deshalb ausser Betracht bleiben, weil es im Fall der §§ 26 EStG a.F., 8 Nr.5 und 6 GewStG a.F. notwendig geworden wäre, gesetzliche Neuregelungen zu erlassen, die, wenn § 79 II BVerfGG uneingeschränkt gelten würde, gar nicht erforderlich gewesen seien. Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Neufassungen des EStG 1957 und des GewStG 1963 hinsichtlich der für nichtig erklärten Vorschriften im wesentlichen auch nichts anderes als das in § 79 Abs.II BVerfGG Vorgesehene besagten²⁾ und somit im Interesse einer Klarstellung und Präzisierung lediglich dessen Grundsätze wiederholten.

Einige Schriftsteller³⁾ haben Bedenken, ob das Abstellen auf die Unanfechtbarkeit -hier i.S. der formellen Bestandskraft- der Entscheidungen in § 79 II BVerfGG für das Steuerrecht überhaupt durchführbar sei oder ob nicht andere Lösungen gefunden werden müssten. Selbst wenn man die §§ 222, 234 AO als Sonderregelungen anerkennen wolle⁴⁾, sei damit noch nichts über das Schicksal der sonstigen, nicht berichtigten Steuerbescheide ausgesagt. Der Eintritt der formellen Bestandskraft als Kriterium für die Aufrechterhaltung der Entscheidung gem. § 79 II S.1 BVerfGG könne den Besonderheiten des Steuerrechts nicht mehr Rechnung tragen⁵⁾. Die

1) z.B. Felix a.a.O., siehe auch Anm. 2

2) so Thiel 443, vgl. auch BT Drucks., 3. Wahlperiode, Nr. 1811 (S.15) a.A. Roos, FR 64/13

3) Spitaler a.a.O., Laux Sp. 294, Felix JZ 59/132 ff., Scheuner 1253

4) so z.B. Tipke-Kruse, § 222, 4, Felix GmbhRdsch. 62/129 ff., Spitaler a.a.O.

5) z.B. Felix JZ 59/132 ff., Laux a.a.O., Scheuner a.a.O.

Rechtsmittelfrist sei viel zu kurz bemessen¹⁾; hinzukommt, dass die Zustellung von Steuerbescheiden oft von so vielen Zufälligkeiten abhängig ist, dass es fraglich erscheint, ob die formelle Bestandskraft wirklich bei einer "an der Gerechtigkeit orientierten Betrachtungsweise"²⁾ als allein massgeblicher Gesichtspunkt angesehen werden kann; es kommt doch darauf an, wie schnell die Finanzverwaltung arbeitet, wie gross ihre Belastung ist etc. Dabei entstehen naturgemäss starke örtliche Verschiedenheiten. Die Ausfertigung von Steuerbescheiden, die grössere tatsächliche Ermittlungen erfordern, hinkt oft Jahre hinterher. Ist dann inzwischen die zugrundeliegende Rechtsnorm für nichtig erklärt worden, wird die Steuer nach den neuen Bestimmungen oder in Ermangelung von solchen anhand der vom BVerfG entwickelten Grundsätze (Art. 20 III GG, § 31 BVerfGG) neu berechnet; u.U. kann dies eine erhebliche Begünstigung - wie z.B. im Fall des § 1 III Nr. 1 GrEStG a.F. - oder Belastung - wie im Fall des § 10 b EStG - des Betroffenen bedeuten. Ist dagegen in anderen, gleichgelagerten Fällen der Steuerbescheid schon vor der Entscheidung des BVerfG zugestellt (und bestandskräftig) geworden, weil keine so starke Überlastung des Finanzamts vorgelegen hatte, so erscheint es ungerechtfertigt, diese Fälle wegen Eintritts der von Zufälligkeiten abhängigen formellen Bestandskraft verschieden zu behandeln. Die Folgen wären, dass die Steuerpflichtigen sich praktisch gezwungen sehen würden, vorsorglich Rechtsmittel einzulegen, sobald die Verfassungsmässigkeit einer Vorschrift zweifelhaft geworden ist, um so den Eintritt der formellen Bestandskraft ihrer Steuerbescheide (§ 79 II S. 1 BVerfGG) zu verhindern³⁾. Erst dadurch würde die oft zitierte Überlastung von Gerichten und Behörden akut.

1) Scheuner a.a.O.

2) BVerfG 13/261 ff. (267)

3) so z.B. deutlich BFH 75/255 ff. (260): Die Nichtigklärung einer Vorschrift kommt überhaupt nur denjenigen zugute, die schon vorher Rechtsmittel eingelegt und den Steuerfall in der Schwebe gehalten haben. Auch gegen ein letztinstanzliches Urteil muss Verfassungsbeschwerde eingereicht sein, um nach der Nichtigklärung der fraglichen Vorschrift eine Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung des Verfahrens durch das BVerfG zu erreichen (vgl. Friesenhahn 59 mit dortigen Nachweisen).

Die Ungereimtheiten des § 79 II BVerfGG werden noch deutlicher bei der Frage der Vollstreckung formell bestandskräftiger Steuerbescheide. Gegen die Steuerpflichtigen, die ihre Zahlungen so lange als möglich hinauszuschieben versuchen (durch Einlegung von Rechtsmitteln, Anträge auf Stundung oder Erlass gem. §§ 127, 131 AO o.ä.) kann, wenn die Bescheide einmal bestandskräftig, aber noch nicht bezahlt worden sind, nicht mehr zwangsweise vorgegangen werden, ein Ergebnis, das z.B. der BFH im Fall der Ehegattenbesteuerung (§ 26 EStG a.F.) vor Erlass einer gesetzlichen Neuregelung dadurch zu vermeiden versuchte, dass die Finanzämter die entsprechenden Fälle einstweilen zurückstellen sollten¹⁾. Diejenigen Bürger dagegen, die ihre Steuern rechtzeitig bezahlt haben, werden benachteiligt²⁾: gem. § 79 Abs. II S. 4 BVerfGG können sie nach der Entscheidung des BVerfG keine Rückzahlung ihrer zu viel bezahlten Steuern mehr verlangen.

Wegen dieser Unzulänglichkeiten des § 79 II BVerfGG sind im Schrifttum verschiedene andere Lösungen vorgeschlagen worden: einige Autoren³⁾ wollen für die sich aus § 79 II BVerfGG ergebenden Härtefälle durch Ausnahmen und "Billigkeitsmassnahmen" der Verwaltung im Einzelfall⁴⁾ Abhilfe schaffen; eine andere Ansicht⁵⁾ will den Gesetzesvorbehalt in § 79 II Satz 1 BVerfGG i.S. einer blossen "Warnung an den Gesetzgeber", solche Ausnahmeregelungen zu treffen, verstanden wissen. Beide Auffassungen bieten jedoch keine ausreichenden Kriterien dafür, wann derartige "Härtefälle" vorliegen, wann eine Ausnahme von der Regel des § 79 II BVerfGG gemacht werden muss.

Deshalb wird z.T. eine Anwendung des § 79 II BVerfGG im Steuerrecht überhaupt abgelehnt: die Vorschrift sei nicht

1) Bd. 62 III/223

2) Ernst StW 63/Sp. 4

3) Spitaler BB 62/421 ff., vgl. auch Felix a.a.O.

4) für Steuerbescheide aufgrund § 8 Nr. 5 GewStG vgl. Hippe FR 62/204

5) Kneser 181 ff.

auf das Massenverfahren in der Steuerverwaltung zugeschnitten¹⁾; Laux²⁾ z.B. meint, dass dadurch nur eine "grobe Regelung" der Nichtigkeitsfolgen gegeben sei; für das Steuerrecht sei das "letzte Wort" noch nicht gesprochen. Scheuner³⁾ empfiehlt, nicht mehr auf die formelle Bestandskraft der Entscheidungen, sondern auf ihre "Abgeschlossenheit" abzustellen, um zu vermeiden, dass der allzu frühe Ablauf der Rechtsmittelfristen allein ausschlaggebend ist. Aber auch diese Vorschläge ergeben keine konkreten Anhaltspunkte für eine andere Lösung oder sind zu vage gefasst; wenn Scheuner unter "Abgeschlossenheit" der "Tatbestände" die Bezahlung der Steuerschuld verstehen will, so würden sich die Steuerpflichtigen noch in verstärktem Masse darum bemühen, ihre Zahlungen so weit als möglich hinauszuschieben oder gar zu verzögern, ein Ergebnis, das weder dem Interesse der Finanzverwaltung noch auch letztlich dem des einzelnen Steuerpflichtigen entsprechen würde.

Fasst man alle die genannten Schwierigkeiten einer Anwendung des § 79 II BVerfGG zusammen, so ergibt sich, dass sie alle dieselbe Wurzel, nämlich die ex tunc Wirkung der Nichtigkeit von Gesetzen, haben. Denn dann müssen Mittel und Wege gefunden werden, in welchem Umfang und in welcher Weise auf ihrer Grundlage ergangene Hoheitsakte in der Praxis doch diese ex tunc Wirkung vermeiden können. Im steuerrechtlichen Schrifttum wird deshalb in neuerer Zeit die Frage aufgeworfen⁴⁾, ob es nicht besser wäre, von einer ex nunc Wirkung verfassungswidriger Gesetze auszugehen; dadurch könnte man viel eher der oben genannten Schwierigkeiten Herr werden. Dann wäre nämlich eine klare Rechtslage geschaffen: alle bis zur Entscheidung des BVerfG ergangenen Steuerbescheide wären voll wirksam und auch vollstreckbar, alle zukünftigen Bescheide würden einer eventuellen gesetzlichen Neuregelung oder der verfassungskonformen Auslegung der verbleibenden Steuervorschriften folgen. Doch auch im Falle dieser "österreichischen Lösung" werden Härten und

1) Felix a.a.O.

2) a.a.O.

3) 1255

4) vgl. statt vieler Ernst, StW 63/Sp.5 ff. mit weiteren Nachweisen

Ungerechtigkeiten befürchtet; insbesondere weist man auf die mit der Einführung einer ex nunc Wirkung verfassungswidriger Gesetze verbundene Möglichkeit hin, den Zeitpunkt der Nichtigkeit durch verfassungsgerichtliche Entscheidung hinauszuschieben¹⁾, so wie es z.B. nach Art.140 III der Österreichischen Verfassung der Fall ist. Es ist jedoch zweifelhaft, ob diese Befürchtungen durchschlagend sind; möglich wäre durchaus, eine Hinausschiebung des Ausserkrafttretens verfassungswidriger Gesetze durch Spruch des BVerfG generell für unzulässig zu erklären. Solange jedoch die traditionelle deutsche Rechtsauffassung von einer ex tunc Wirkung der Nichtigkeit ausgeht, kann das Für und Wider um eine ex nunc Nichtigkeit noch keine praktischen Ergebnisse zeitigen. Damit bleiben auch die Abgrenzungen des § 79 II BVerfGG weiterhin bestehen und damit auch die Tatsache, dass sie in der Praxis, wie hier im Steuerrecht, zu ungerechtfertigten, ja willkürlichen Ergebnissen führen können. Unter den Gegebenheiten der Praxis wird deshalb eine Anwendung des § 79 II BVerfGG häufig auf Schwierigkeiten stossen, und z.T. sogar unmöglich sein. Auch im Steuerrecht können die Grundsätze des § 79 II BVerfGG wegen ihrer eben erwähnten Unzulänglichkeiten nicht mehr uneingeschränkte Gültigkeit besitzen.

Es fragt sich nur, ob damit die einzelnen Steuerpflichtigen endgültig auf Billigkeitsmassnahmen der Finanzverwaltung, auf die sie keinen Rechtsanspruch haben, oder auf gesetzliche Neuregelungen, die u.U. Jahre auf sich warten lassen, verwiesen sind. Gibt es nicht noch in anderen Steuergesetzen Normen, die anstelle des § 79 II BVerfGG Anwendung finden könnten?

dd) § 4 III Nr.2 StAnpG als Spezialnorm?

Auf der Suche nach Vorschriften, die bei der Nichtigerklärung von Steuernormen eingreifen könnten, stösst man auf das Steueranpassungsgesetz (StAnpG) vom 16.10.1934²⁾, das

1) Ernst a.a.O. Sp.7, Antoniolli 21 anhand der auch in Österreich 1958 für nichtig erklärten Zusammenveranlagung, deren Nichtigkeit jedoch bis 1959 verschoben werden musste.

2) RGBl. I/925

durch Gesetz vom 18.7.1958¹⁾ nachkonstitutionelles Recht geworden ist. Es enthält allgemeine Regelungen über Auslegung und Handhabung steuerrechtlicher Bestimmungen; nach § 1 des alten StAnpG war das gesamte Steuerrecht i.S. d. "Volksanschauung", d.h. der nationalsozialistischen Prinzipien auszulegen; durch Kontrollratsgesetz vom 11.2.46²⁾ sind jedoch sämtliche darauf beruhende Diskriminierungen nach Herkunft, Abstammung und Geschlecht beseitigt worden. § 1 StAnpG ist unter der Herrschaft des Grundgesetzes nun so zu verstehen, dass alle Steuergesetze nach rechtsstaatlichen Gesichtspunkten interpretiert und gehandhabt werden müssen.

§ 4 StAnpG enthält Vorschriften über Rücknahme und Änderungen von Steuerbescheiden, sowie über die Erstattung zuviel bezahlter Steuern; er ergänzt die §§ 150 ff. AO, die die technischen Einzelheiten bei Steuerrückerstattungen regeln³⁾.

Was besagt § 4 StAnpG im einzelnen? Nach Abs. I sind bedingte Steuerschulden, Steuerbefreiungen und Steuerermäßigungen und sonstige bedingte Steuervergünstigungen im Zweifel auflösend bedingt. Nach Abs. II sind sie bei Eintritt der Bedingung zurückzunehmen oder zu ändern, zuviel gezahlte Steuern zu erstatten⁴⁾. Entsprechendes gilt nach Abs. III

1. ...

2. "wenn ein Merkmal, dessen Vorliegen das Gesetz für die Steuerschuld fordert, nachträglich mit Wirkung für die Vergangenheit weggefallen ist."⁵⁾

Im Schrifttum hat § 4 III Nr.2 StAnpG eine heftige Kontroverse darüber ausgelöst, ob unter dem Wegfall eines "Merkmals" auch der Wegfall einer für nichtig erklärten Norm zu verstehen sei; höchstrichterliche Entscheidungen liegen bisher nicht vor; lediglich einige Finanzgerichte haben sich in neuerer Zeit zu dieser Frage geäußert.

1) BGBI. I/473

2) Amtsblatt des Kontrollrats Nr.4, Gesetz Nr.12, Art.I

3) vgl. Tipke-Kruse, 2, 3 vor § 150, S. 152, 1a und b

4) Antragstellung nur bis zum Ablauf des Jahres, das auf den Eintritt der Bedingung folgt.

5) vgl. näher Kühn, § 4, 5

Die Diskussion gleicht der Auseinandersetzung um den Begriff "neue Tatsache" in § 222 AO; in beiden Fällen geht es darum, ob Sonderregelungen vorliegen, die -da auch rechtskräftige Fälle von § 4 III Nr.2 StAnpG erfasst werden- anstelle des § 79 II BVerfGG Anwendung finden können. Bei § 222 AO war es schon aufgrund des Wortlauts des Abs.I Nr.1 und 2 und des Abs.II relativ leicht, Veränderungen der rechtlichen Grundlage des Steuerbescheids nicht als eine die Berichtigung rechtfertigende Tatsache anzuerkennen; bei § 4 III Nr.2 StAnpG fehlen dagegen derartige Anhaltspunkte, in welchem Sinn "Merkmal" zu verstehen sei.

Auch vom Streitstand her sind beide Fälle ähnlich: die Rechtsprechung¹⁾ folgt der zu § 222 AO vertretenen h.M. und lehnt eine Rückgängigmachung von Steuerbescheiden mit verfassungswidriger Grundlage über § 4 III Nr.2 StAnpG ab, ebenso Teile des Schrifttums²⁾: Die Vorschrift sei ebenso wenig wie § 222 AO eine "besondere gesetzliche Regelung" i.S. des § 79 II BVerfGG; nur tatsächliche Gründe könnten eine Änderung rechtskräftiger Bescheide herbeiführen.

Die Mehrzahl der Autoren, die -wie oben angeführt- auf die Unzulänglichkeit des § 79 II BVerfGG für das Steuerrecht hingewiesen haben, will jedoch -wenn schon eine analoge Anwendung der §§ 222, 234 AO unzulässig ist- wenigstens über § 4 III Nr.2 StAnpG Abhilfe schaffen. Sie sind der Ansicht³⁾, wenn schon der rückwirkende Wegfall eines Merkmals, "dessen Vorliegen das Gesetz für die Steuerschuldenbefreiung... fordert", zur Rückerstattung von zuviel gezahlten Steuern führe, müsse dies umsomehr gelten, wenn das zugrundeliegende Gesetz selbst wegen Verfassungswidrigkeit mit ex tunc Wirkung weggefallen ist. Hierbei können sie sich auf eine Entscheidung des RFH stützen⁴⁾, in der als

1) FG Hambg. EFG 63/130, FG Stgt. EFG 63/136, FG Nieders. EFG 63/514, FG Nürnberg EFG 62/130 und 63/137;

2) Thiel 443, Winterberg 587, Barth GmbHRdsch. 62/43, Herrmann-Heuer, § 26, Anm.2 mit weit.Nachw.

3) so z.B. Judeich-Felix, Erl.zu § 4 (S.175), Felix GmbH-Rdsch. 62/236 und 63/234; ders. in DStR 63/557, Roos GmbHRdsch. 62/235 und FR 64/9 ff., Randebrock 455, Gail 265, Salzwedel 9

4) RStBl. 40/925

"Merkmal" i.S. des § 4 III Nr.2 StAnpG auch eine Änderung der Rechtsprechung des RFH, die die betreffenden Steuerbescheide auf eine neue rechtliche Grundlage stellte, anerkannt worden war.

Geht man einmal davon aus, so muss zugegeben werden, dass auch die Nichtigerklärung einer Norm eine neue Rechtslage schafft und damit eine Änderung der Rechtsprechung im weiteren Sinne darstellt. Noch andere Gründe sprechen dafür, den Begriff "Merkmal" nicht auf das Vorliegen von Tatsachen zu beschränken. Die Voraussetzungen für eine Steuer-schuldbefreiung oder -ermässigung können sowohl im tatsächlichen wie auch im rechtlichen Bereich liegen; § 4 III Nr.2 StAnpG ist deshalb so allgemein gehalten, dass er beide Fälle umfassen kann. Hätte der Gesetzgeber unter "Merkmal" nur Tatsachen verstehen wollen, hätte es auf der Hand gelegen, hierfür einen entsprechenden Ausdruck -so wie etwa in § 222 AO- zu verwenden. Man kann auch nicht einwenden, § 4 III Nr.2 StAnpG könne schon deshalb keine Anwendung finden, weil er über das in § 79 II BVerfGG Gewährte hinausgehe; die Aufrechterhaltung von formell bestandskräftigen Entscheidungen mit verfassungswidriger Grundlage in § 79 II S.1 BVerfGG ist nur aus Gründen der Rechtssicherheit vorgesehen, die keineswegs ausschliessen, dass im Einzelfall gewisse Ungerechtigkeiten entstehen, die nach herrschender Auffassung um des Rechtsfriedens willen hingenommen werden müssen; grundsätzlich darf jedoch das Risiko fehlerhafter, d.h. auch verfassungswidriger Gesetze, nicht zu Lasten des Bürgers gehen¹⁾; gerade im Steuerrecht mit seiner zunehmenden Komplizierung und Unübersichtlichkeit verdient er besonderen Schutz, muss dieser Grundsatz seine Geltung erweisen. Eine Vorschrift, die dem einzelnen ein Mehr als das sonst übliche Mass an Schutz gewährt,

1) BVerfGG 13/261 ff.(267); Spitaler BB 62/424 verdeutlicht dies noch durch seine Feststellung, dass der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung und der Rechtssicherheit nicht nur zitiert werden dürfe, wenn er dem Fiskus zugute komme.

kann deshalb auch keinen "Widerspruch" zu § 79 II BVerfGG bilden.

Gegen eine analoge Anwendung des § 4 III Nr.2 StAnpG kann auch nicht die Befürchtung ins Feld geführt werden, die Verwaltung würde durch die Wiederaufrollung rechtskräftiger, u.U. jahrelang zurückliegender Vorgänge in unzumutbarer Weise belastet: Denn die im Fall der Nichtigerklärung von Vorschriften hauptsächlich in Frage kommende Möglichkeit einer Steuererstattung kann nur auf Antrag erfolgen, der bis zum Ende des auf den Eintritt der Bedingung bzw. den Wegfall des "Merkmals" folgenden Jahres gestellt werden konnte¹⁾. Ergehen innerhalb dieser Zeit Sonderregelungen für einzelne Gebiete (z.B. §§ 26 EStG 1957, 36a und b GewStG 1963), so kann Rückerstattung zuviel gezahlter Steuern spätestens bis zu dem Tag des Inkrafttretens dieser Regelung beantragt werden.²⁾

Es ist weiter geltend gemacht worden, dass § 4 III Nr.2 StAnpG derartige Sondervorschriften, die, wie z.B. § 26 Abs.V EStG 1957, eine Wiederaufrollung rechtskräftiger Entscheidungen ausdrücklich für 'unzulässig erklären, nicht wieder über den Haufen werfen könne³⁾. Hierbei wird jedoch übersehen, dass § 4 III Nr.2 StAnpG nur solange gelten soll, als der Gesetzgeber für nichtige Vorschriften keinen Ersatz geschaffen hat; sind diese einmal ergangen, gehen sie ihrerseits § 4 III Nr.2 StAnpG als Spezialnormen vor, wobei abweichende Regelungen -wie das BVerfG im Fall des dem § 79 II S.1 BVerfGG entsprechenden § 26 V EStG 57 ausdrücklich bestätigt hat⁴⁾-, verfassungsrechtlich durchaus zulässig sind. Eine Geltung des § 4 III Nr.2 StAnpG für die zurückliegende Zeit könnte aber dadurch umgangen werden, dass die neuen Vorschriften Rückwirkungsklauseln enthalten, die den Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes auf die Nichtigerklärung der betreffenden Normen zurückdatieren. Eine

1) insoweit übereinst. § 153 AO

2) für § 26 EStG a.F. wäre dies der 25.7.57, für § 8 Nr.5 und 6 GewStG a.F. der 29.7.63 gewesen.

3) Barth a.a.O.

4) vgl. BVerfG 7/194 ff.

solche Rückwirkung ist vom BVerfG zwar für zulässig erklärt worden¹⁾, jedoch erst nach genauer Abwägung der Grundsätze der Rechtssicherheit, der Gerechtigkeit und der Gleichheit. Damit dürfte es aber auch zulässig sein, eine angemessene Frist anzunehmen, innerhalb derer noch mit einer Rückwirkung der gesetzlichen Neuregelung zu rechnen war, und nach deren Ablauf eine Zurückdatierung als verfassungswidrig anzusehen²⁾.

Eine analoge Anwendung des § 4 III Nr.2 StAnpG in den Fällen für nichtig erklärter Normen hätte den weiteren Vorteil, dass die Schwierigkeiten und Unzuträglichkeiten des § 79 II BVerfGG vermieden werden könnten: der einzelne wäre nicht mehr gezwungen, vorsorglich Rechtsmittel einzulegen, um seinen Steuerbescheid nicht rechtskräftig werden zu lassen, oder zumindest die Bezahlung der Steuerschuld so weit als möglich hinauszuschieben, um in den Genuss des Vollstreckungsverbots nach § 79 II S.2 BVerfGG zu kommen; § 4 III Nr.2 StAnpG stellt nicht auf die Rechtskraft der Steuerbescheide ab. Die Existenz des § 4 III Nr.2 StAnpG wäre ausserdem eine wirksame "Mahnung an den Gesetzgeber", die durch die Nichtigerklärung entstandene Lücke im Gesetz so rasch als möglich zu schliessen, da er selbst ein Interesse daran haben muss, die mit der Rücknahme oder Änderung der auf der nichtigen Norm beruhenden Steuerbescheide und der Erstattung zuviel gezahlter Beträge verbundenen finanziellen Einbussen des Fiskus auf einen möglichst geringen Zeitraum zu beschränken. Ein eventuell jahrelanges Untätigbleiben oder die Langsamkeit der steuerrechtlichen Gesetzgebung dürfen jedenfalls nicht zu Lasten des einzelnen gehen, auch nicht dadurch, dass über nach einem unzumutbar langen Zeitraum ergangene Rückwirkungsklauseln die Wirkung des § 4 III Nr.2 StAnpG praktisch wieder beseitigt wird. § 4 III Nr.2 StAnpG könnte damit der Gefahr, dass aus Zweckmässigkeits- oder politischen Erwägungen mit steuerrechtlichen Neuregelungen zugewartet wird³⁾, entgegenwirken.

1) a.a.O. (im Fall des § 26 EStG 1957)

2) vgl. Felix GmbHRdsch. 62/236 und Roos a.a.O., der eine Frist von 9 Monaten für angemessen hält: zur Rückwirkung allgemein BVerfG a.a.O.

3) so Spitaler a.a.O.

Dass auch im Steuerrecht innerhalb kurzer Zeit eine Regelung möglich ist, hat der Erlass des Änderungsgesetzes zur Einkommensteuer aus dem Jahre 1957 nach der Nichtigerklärung des § 26 EStG a.F. gezeigt. Das BVerfG selbst hat in seiner Entscheidung zu § 27 EStG¹⁾ ausdrücklich festgestellt, dass sich der Gesetzgeber so schnell als möglich der neuen Rechtslage anpassen müsse.

So erfüllt § 4 III Nr.2 StAnpG zweierlei Funktionen: einmal befreit er den steuerpflichtigen Bürger von den Ungerechtigkeiten des § 79 II BVerfGG; zugleich stellt er eine nachdrückliche Aufforderung an den Gesetzgeber dar, die Folgen nichtiger Steuervorschriften einzelgesetzlich zu regeln; dass dies so schnell als möglich geschieht, liegt auch in seinem Interesse, da § 4 III Nr.2 StAnpG in so weitreichendem Umfang über § 79 II BVerfGG hinausgeht. Bis zu einer gesetzlichen Regelung muss der einzelne dann verlangen können, dass ihm aufgrund nichtiger Normen bezahlte Steuern zurückerstattet werden²⁾.

1) NJW 64/1563 ff.

2) s. § 4 II StAnpG

4) Zusammenfassung

a) Die Nichtigerklärung steuerrechtlicher Vorschriften durch das BVerfG hat Auswirkungen auf andere Bestimmungen, die von denselben Voraussetzungen oder Grundsätzen ausgehen oder ausdrücklich auf sie Bezug nehmen. Bekanntestes Beispiel hierfür ist die für verfassungswidrig erklärte Zusammenveranlagung von Ehegatten und Eltern und Kindern zur Einkommensteuer. Die Auswirkungen der für nichtig erklärten Normen auf andere Vorschriften haben zur Folge, dass diese u.U. selbst verfassungswidrig werden und nicht mehr angewendet werden dürfen, auch wenn das BVerfG sie noch nicht für nichtig erklärt hat. Statt dessen muss nunmehr entsprechend der nach der Entscheidung des BVerfG entstandenen neuen Rechtslage verfahren werden.

b) Zur Zeit der Nichtigerklärung noch nicht rechtskräftige Steuerbescheide können entweder mit den allgemein zulässigen Rechtsmitteln angefochten bzw. von der Finanzverwaltung zurückgenommen und berichtigt werden; bei anhängigen Verfahren muss entsprechend der Entscheidung des BVerfG und in verfassungskonformer Auslegung der verbleibenden Steuervorschriften verfahren werden. Dasselbe gilt für alle zukünftigen Steuerveranlagungen.

c) Das Schicksal formell bestandskräftiger, auf nichtigen Normen beruhender Steuerbescheide kann von dem Gesetzgeber durch Spezialnormen geregelt werden; er hat hierbei die Möglichkeit, entweder die Regelung des § 79 II BVerfGG zu wiederholen, wie im Fall der Neufassungen der §§ 26 EStG und 36 a und b GewStG, oder von ihr abzuweichen. § 79 II BVerfGG ist gegenüber solchen "besonderen gesetzlichen Regelungen" subsidiär.

d) Fehlen Sonderregelungen, müsste an sich der in § 79 II enthaltene Grundsatz der Aufrechterhaltung formell bestandskräftiger Entscheidungen Anwendung finden; das ausschliessliche Abstellen auf die formelle Bestandskraft ist jedoch auf die Besonderheiten des Steuerrechts nicht zugeschnitten und führt sowohl für den einzelnen als auch für

Gerichte und Finanzverwaltung zu unerwünschten, teilweise auch zu zufälligen und willkürlichen Ergebnissen.

e) Als anderweitige Lösungsmöglichkeit ist das allgemeine Steuerrecht heranzuziehen; eine analoge Anwendung der §§ 222 ff. AO scheidet jedoch aus, da die Nichtigserklärung einer Vorschrift keine "neue Tatsache" sein kann, die eine Änderung des betreffenden Steuerbescheids rechtfertigen würde. Auch die "österreichische Lösung" einer ex nunc Wirkung verfassungswidriger Gesetze kann nicht zum Zuge kommen, solange die traditionelle deutsche Rechtsauffassung an der ex tunc Wirkung festhält und die §§ 78 ff. BVerfGG nicht revidiert werden.

f) Hingegen greift § 4 III Nr.2 StAnpG ein, der unabhängig von der Rechtskraft eine Rücknahme von Steuerbescheiden für zulässig erklärt, wenn die für die Steuerschuld notwendigen tatsächlichen oder rechtlichen Grundlagen weggefallen sind. Die Nichtigserklärung der dem Bescheid zugrundeliegenden Vorschrift ist ein solches "Merkmal", bei dessen Wegfall eine Rücknahme des Bescheides bzw. die Erstattung zuviel gezahlter Steuern verlangt werden kann.

g) § 4 III Nr.2 StAnpG gilt bis zu der gesetzlichen Neuregelung der für nichtig erklärten Vorschrift, die ihm dann als Spezialnorm vorgeht. Dabei sind Rückwirkungsklauseln zulässig, jedoch nur, wenn die Neuregelungen innerhalb einer angemessenen Frist ergehen und die Grundsätze der Rechtssicherheit, der Gerechtigkeit und des Vertrauensschutzes beachtet sind.

h) § 4 III Nr.2 StAnpG enthält eine "Mahnung an den Gesetzgeber", die durch die Nichtigserklärung von Steuervorschriften entstehenden Gesetzeslücken so rasch als möglich zu schließen. Dass eine Neuregelung auch im Bereich des Steuerrechts innerhalb kurzer Zeit möglich ist, hat der Erlass des § 26 EStG 1957 gezeigt. Bis dahin fordert es der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Besteuerung, die aufgrund der nichtigen Vorschriften ergangenen Steuerbescheide entsprechend abzuändern und die zuviel bezahlten Steuern zurückzuerstatten.

Dritter Abschnitt: S o z i a l r e c h t

Auch auf diesem Gebiet sind zahlreiche Vorschriften dem Spruch des BVerfG zum Opfer gefallen. Sie können in fünf Gruppen eingeteilt werden: solche Bestimmungen, die wegen Verletzung des Gleichheitssatzes, des Schutzes von Ehe, Familie, der Berufsfreiheit, schliesslich diejenigen, die wegen Verletzung von Ermächtigungs- und Kompetenznormen verfassungswidrig waren.

I) Die Entscheidungen des BVerfG

1) Verstösse gegen Art. 3 GG

Die folgenden Fälle entstammen dem Sozialversicherungs- und Versorgungsrecht; es geht dabei einmal um die Rentenversicherung von bei ihren Ehegatten angestellten Arbeitnehmern, dann um die Witwer- und Waisenrenten beim Tode der versicherten Ehefrau nach dem Angestelltenversicherungs- und Bundesversorgungsgesetz.

a) Angestelltenversichertenrecht (§§ 165 RVO, 4 I Nr.2, 43 I, 44 II AVG)

Angestellte, die in einem Dienstverhältnis zu ihren Ehegatten standen, waren gem. § 4 I Nr.2 AVG¹⁾ i.V.m. § 165 RVO von der gesetzlichen Rentenversicherung freigestellt; das AVG hatte ihnen aber darüber hinaus auch die freiwillige Teilnahme an der Rentenversicherung versperrt. Das BVerfG hat hierin in einer seiner neuesten Entscheidungen²⁾ eine unzulässige Benachteiligung gegenüber anderen Angestellten gesehen, die auch durch die von der Familie bei Eintritt des Rentenfalls zu erwartende Unterstützung nicht ausgeglichen werde. Der Ausschluss von jeglicher Rentenversicherung für bei ihren Ehegatten beschäftigten Personen verstosse deshalb gegen Art. 3 i.V.m. Art.6 Abs. I GG.

1) i.d.F. v. 23.2.57 (BGBl. I/88)

2) NJW 65/195 ff.

Im zweiten Fall ging es um die Rentenansprüche der Hinterbliebenen beim Tod eines nach dem AVG versicherten Arbeitnehmers; Witwen erhielten ohne weiteres Rente, Witwer dagegen nur dann, wenn die verstorbene Ehefrau überwiegend den Unterhalt der Familie bestritten hatte; entsprechendes galt auch für Waisenrenten (§§ 43 I, 44 II AVG).

Die Vorschriften sind vom BVerfG auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 3 I und II GG überprüft worden. Gegen die Ungleichbehandlung von Witwen- und Witwerrenten in § 43 I AVG hat es jedoch keine verfassungsrechtlichen Bedenken erhoben¹⁾; zwischen der Unterhaltsleistung des Mannes und der Frau bestehe auch heute noch ein funktionaler Unterschied. Die Frau erfülle zum grossen Teil ihren Unterhaltsbeitrag durch Führung des Haushalts, wobei sie vom Unterhalt des Mannes abhängig sei; der Mann dagegen sei in der Regel im Erwerbsleben tätig. Bei seinem Tod hätte es die Frau trotz des zunehmenden Arbeitskräftemangels im allgemeinen immer noch schwerer, eine Verdienstmöglichkeit zu finden als männliche Bewerber. Die Frau verdiene deshalb beim Tod ihres Mannes erhöhten Schutz; ihr sei ohne weiteres Witwenrente zu gewähren, selbst wenn der Mann nicht überwiegend zum Unterhalt der Familie beigetragen habe. Anders sei die Lage bei dem Ehemann: der Wegfall der Haushaltsleistung durch den Tod der Ehefrau werde durch den Fortfall der Geldleistungen des Mannes in etwa aufgehoben; eine Schädigung des Mannes trete also zunächst nicht ein. Erst dann, wenn die verstorbene Ehefrau überwiegend seinen Lebensunterhalt bestritten habe, könne man von einer effektiven Beeinträchtigung reden. Es stelle deshalb keine Verletzung des Gleichberechtigungsgrundsatzes dar, wenn die Witwenrente an diese Voraussetzung geknüpft werde; § 43 I AVG sei verfassungsmässig.

Verfassungswidrig war dagegen die Regelung der Waisenrente für Kinder von weiblichen Versicherten in § 44 II AVG²⁾. Hier hatte das BVerfG andere Masstäbe angelegt, als es darlegte, dass die unterschiedliche Behandlung von

1) BVerfG vom 24.7.1963, Bd.17/1 ff.

2) a.a.O., 26 ff.

Haushalts- und Berufsarbeit in diesen Fällen nicht zulässig sei. Der Tod eines der beiden Elternteile bedeute für die Kinder gleichermassen einen Verlust, der unabhängig von der Unterhaltsleistung sei. Sowohl beim Tod des Vaters als auch der Mutter hätten deshalb unterhaltsberechtigte Kinder ohne weiteres einen Rentenanspruch gem. § 44 I AVG¹⁾. § 44 II AVG sei wegen Verletzung des Gleichheitssatzes (Art.3 II und III GG) verfassungswidrig und somit für nichtig zu erklären. Dasselbe müsse auch für die entsprechende Vorschrift des § 1262 V RVO gelten²⁾, der die Gewährung eines Kinderzuschusses für unterhaltsberechtigte Kinder beim Tod der Mutter ebenfalls von ihrer Überwiegenden Unterhaltsleistung für die Familie abhängig machte.

b) Versorgungsrecht (§§ 43 I, 45 V S.1 BVG)

Die zu § 44 II AVG entwickelten Grundsätze hat das BVerfG auch im Fall der entsprechenden Regelung des Bundesversorgungsgesetzes (BVG)³⁾ angewendet⁴⁾: § 45 V S.1 BVG wurde für nichtig erklärt, weil die Waisengrundrenten von Kindern, deren Mutter infolge von Kriegseinwirkungen verstorben war, ebenfalls nur dann gewährt wurden, wenn diese Überwiegend den Unterhalt der Familie bestritten hatte.

Die Witwerrente war in § 43 BVG ausserdem noch an weitere Voraussetzungen geknüpft: der überwiegende Unterhalt musste aus dem Arbeitsverdienst der Ehefrau stammen und der Mann musste gegenwärtig ausserstande sein, sich allein zu unterhalten. Bei beiden Voraussetzungen war -wie das BVerfG festgestellt hat⁵⁾- der Gesetzgeber über den ihm bei Art. 3 GG gestatteten Ermessensspielraum hinausgegangen; eine Nichtigerklärung erübrigte sich jedoch, da die verfassungswidrigen Bestimmungen durch die Neufassung des BVG 1960 gestrichen worden waren. Der restliche Teil des

1) bis zum 18., bei Berufsausbildung bis zum 25. Lebensjahr

2) a.a.O.

3) vom 20.12.1950 (BGBl. I/791) in der jeweils gültigen Fassung

4) BVerfG 17/38 ff.

5) a.a.O. 52 ff. (zu dem entspr. § 593 UVNG vgl. Etmer, § 593, Anm. 5)

§ 43 BVG -Witwerrente nur bei überwiegender Unterhaltsleistung der Ehefrau wegen Erwerbsunfähigkeit des Mannes-wurde dann ausdrücklich als verfassungsmässig anerkannt.

c) Entschädigungsrecht (§ 27 IV KgfEG)

Einen Verstoss gegen Art. 3 I GG hatte das BVerfG schliesslich noch in einer Vorschrift des Entschädigungsrechts festgestellt¹⁾. Das Kriegsgefangenenentschädigungsgesetz²⁾ hatte in § 27 IV die Kosten einer Vertretung in Prozessen gegen Entscheidungen der Behörden über Entschädigungsleistungen auf jeden Fall den Antragstellern bzw. den Klägern auferlegt, unabhängig davon, ob der Klage stattgegeben wurde oder nicht. Wegen dieser Ungleichbehandlung gegenüber den Regelungen anderer Verfahren (vgl. §§ 91 ff. ZPO), in denen sich die Kostenlast nach dem Ausgang des Rechtsstreits bestimmte, hat das BVerfG eine Verletzung des Art. 3 I GG angenommen und § 27 IV deshalb insoweit für nichtig erklärt³⁾; eine darauf beruhende Entscheidung eines Landesverwaltungsgerichts wurde durch Beschluss aufgehoben⁴⁾⁵⁾.

2) Verstösse gegen Art. 6 GG

a) Versorgungsrecht (§ 32 IV Nr. 6 und V Nr. 6 BVG)

Aufgrund des BVG erhielten Schwerbeschädigte gewisse Ausgleichsrenten für unterhaltsberechtigten Abkömmlinge. Sie wurden gem. § 32 IV Nr. 6 und V Nr. 6 für uneheliche Kinder jedoch nur dann gewährt, wenn diese nicht später als 302 Tage nach der Anerkennung der Folgen der Kriegsschädigung durch die zuständigen Behörden geboren waren.

Das BVerfG hat hierin eine unzulässige Schlechterstellung der nach diesem Zeitraum geborenen unehelichen Kinder gesehen⁶⁾; zwar seien Differenzierungen zwischen ehelichen

1) Bd. 14/42 ff. 2) BGBl. 56 I/908 3) a.a.O. 54

4) a.a.O. Anm. 1 und 15/273

5) Später (BVerfG 16/231 ff.) folgte die Nichtigerklärung des § 27 IV KgfEG auch insoweit, als er die Erstattung von Anwaltsgebühren in Verfahren vor den durch das KgfEG gebildeten Beschwerdeausschüssen ausschloss.

6) BVerfG 17/148 ff.

und unehelichen Kindern in gewissem Umfang nicht zu beanstanden, innerhalb der Gruppe der unehelichen Kinder dürfen aber dann nicht noch weitere Unterschiede vorgenommen werden; der Schutz des Art.6 V GG gelte gleichmässig für alle unehelichen Kinder; auch für nach Anerkennung der Kriegsschädigung gezeugte Kinder müsse deshalb Ausgleichsrente gewährt werden; § 32 Abs.IV Nr.6 und Abs.V Nr.6 BVG seien deshalb nichtig gewesen. Das Gesetz zur Änderung und Ergänzung des Kriegsopferrechts¹⁾ hat dann die unterschiedliche Behandlung von vor- und nachgeborenen unehelichen Kindern mit Wirkung vom 1.6.1960 an beseitigt.

b) Lastenausgleichsrecht
(§ 91 III Nr.1 LAG)

Gegen den Schutz von Ehe und Familie verstieß auch die Regelung der Hypothekengewinnabgabe im Lastenausgleichsrecht. Es ging dabei um folgendes:

Aufgrund des Lastenausgleichsgesetzes (LAG)²⁾ waren auf bestimmte Schuldnergewinne, die sich durch die Umstellung von Reichsmark- in DM-Verbindlichkeiten im Verhältnis 10 : 1 im Zuge der Währungsreform ergeben hatten, Abgaben zu entrichten. Dies galt u.a. auch für durch Grundpfandrechte gesicherte Verbindlichkeiten, bei denen infolge der Umstellung 10 : 1 Eigentümer und Schuldner in einer Person zusammenfielen, d.h. die Grundstücke des Schuldners lastenfrei geworden waren. Für diese Befreiung hatte der Schuldner eine Art Steuer, die sog. Hypothekengewinnabgabe, zu bezahlen und zwar gem. § 91 III Nr.1 LAG auch dann, wenn das Grundstück im Eigentum seines Ehegatten stand und die Lastenbefreiung in dessen Person eingetreten war³⁾. Diese Ausdehnung der Abgabepflicht wurde vom BVerfG für unzulässig erklärt⁴⁾. Die Hypothekengewinnabgabe richte sich

1) vom 27.6.1960 BGBl. 60 I/453

2) vom 14.8.1952, BGBl. I/446

3) indem seinen Grundstücken diejenigen gleichgestellt waren, bei denen die Voraussetzungen für eine Zusammenveranlagung zur Vermögenssteuer (1949) vorlagen.

4) BVerfG 15/328 ff.

ausschliesslich nach objektiven Gesichtspunkten¹⁾, nämlich der Identität zwischen Schuldner und Eigentümer, in die keine subjektiven Momente, d.h. die Tatsache des Eheschlusses, hineingebracht werden dürften. Grundvermögen im Eigentum eines Ehegatten sei nicht zugleich Eigentum des anderen Ehepartners. Zwar komme die Werterhaltung eines Grundstücks regelmässig auch dem Ehegatten im wirtschaftlichen Sinn zugute, aber weder das seit 1900 geltende, noch das jetzige Güterrecht begründe die rechtliche Gemeinschaftlichkeit des beiderseitigen Vermögens der Ehegatten. § 91 III Nr.1 LAG benachteilige in verfassungswidriger Weise die verheirateten gegenüber den unverheirateten Schuldnern und sei somit für nichtig zu erklären.

3) Verstösse gegen Art.12 GG
(§ 368 a I - III RVO)

Eine Verletzung der freien Berufsausübung hatte die Regelung der kassenärztlichen Versorgung im Sozialversicherungsrecht enthalten; § 368 a I - III RVO²⁾ hatte auf je 500 Kassenmitglieder nur einen Arzt zugelassen; entsprechendes galt für Zahnärzte. Über die Zulassung als Kassenarzt entschied ein Zulassungsausschuss.

Durch diese Zulassungsbeschränkung waren die frei praktizierenden Ärzte in ungerechtfertigter Weise benachteiligt. Durch den Wegfall der grossen Anzahl der Kassenpatienten mussten sie mit u.U. erheblich geringeren Einkünften als die Kassenärzte, die Kassen- und Privatpatienten behandeln konnten, rechnen. In dem bekannten Kassenarzturteil³⁾ hat das BVerfG deshalb den § 368 a I-III RVO für verfassungswidrig erklärt; ein knappes Jahr später wurden die entsprechenden Zulassungsbeschränkungen für Zahnärzte aufgehoben^{4), 5)}

1) sei eine Art Objektsteuer

2) i.d.F. des Ges. über das Kassenarztrecht vom 17.8.1955 (BGBl.I/513)

3) Urteil vom 23.3.1960, Bd.11/30 ff.

4) Urteil vom 8.2.1961, Bd.12/144 ff.

5) Hinsichtlich der Zulassungsvoraussetzungen im allgemeinen Einzelhandel vgl. die Entsch. des BVerfG v.14.12.65, NJW 66/291 ff., durch die § 3 II Nr.1 Einzelhandelsgesetz für nichtig erklärt wurde.

4) Verstösse gegen Art.80 I GG
(§ 44 KgfEG)

Neben dem bereits erwähnten § 27 IV hatte das KgfEG¹⁾ noch eine weitere verfassungswidrige Regelung enthalten; § 44 ermächtigte die Bundesregierung, (mit Zustimmung des Bundesrats) Rechtsverordnungen über die näheren Voraussetzungen von Entschädigungsansprüchen zu erlassen. Das BVerfG hat dazu festgestellt²⁾, dass diese Ermächtigung die Grundlage des gesamten Gesetzes berühre; der Bundesregierung werde es überlassen, überhaupt erst die Voraussetzungen für die zu leistenden Entschädigungen, insbesondere aber den Kreis der Anspruchsberechtigten zu bestimmen. Die Ermächtigung sei zu allgemein, zu vage gefasst; man könne auch nicht vorhersehen, mit welcher Tendenz die Bundesregierung von der Ermächtigung Gebrauch machen würde³⁾. § 44 KgfEG entspreche nicht den Anforderungen an Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit i.S. des Art.80 I GG und sei deshalb für nichtig zu erklären.

5) Verstösse gegen Art.120 GG
(Tilgungsgesetz)

Im Kriegsfolgenrecht ist ein ganzes Gesetz wegen Verletzung von Kompetenznormen für nichtig erklärt worden⁴⁾. Es handelte sich dabei um das Gesetz über die Tilgung von Ausgleichsforderungen⁵⁾, das den folgenden Sachverhalt geregelt hatte: Die Ansprüche der Geldinstitute gegen das Reich aus dem zweiten Weltkrieg wurden zunächst nicht umgestellt. Ihnen wurden vielmehr neue Titel gegen die öffentliche Hand, sog. Ausgleichsforderungen, zugeteilt. Als Schuldner wurden vorläufig die Länder bestimmt. Da aber gem. Art.120 GG der Bund die gesamten Kriegsfolgen-

1) BGBl.54 I/5

2) Bd.5/71 ff.

3) a.a.O. 76

4) BVerfG 9/305 ff.

5) vom 14.6.1956 (BGBl.I/507)

lasten zu tragen hat, musste er auch, wie das BVerfG ausführte, bestimmen, in welcher Weise er die Ansprüche der Geldinstitute befriedigen wollte. Jedenfalls verbiete es Art.120 GG, Gesetze zu erlassen, in denen den Ländern Kriegsfolgelasten aufgebürdet würden. Da die Regelung, die Länder seien Schuldner, tragende Grundlage des Tilgungsgesetzes darstelle, sei es als ganzes verfassungswidrig und somit in vollem Umfang für nichtig zu erklären.

In der jüngsten Entscheidung des BVerfG¹⁾ ging es um § 52 I Satz 2 und 3 BVG, soweit ihm durch Art.IV § 4 II des Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des Kriegsofferrechts vom 27.6.1960 (NOG) Rückwirkung beigelegt worden war. Die Rückwirkung hatte sich dahingehend ausgewirkt, dass bestimmte, zu Unrecht gewährte Renten jetzt nicht nur zurückerstattet werden mussten, wenn sie nach dem 1.6.1960, sondern auch wenn sie vorher gezahlt worden waren. Das BVerfG hat hierin einen Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip und den Vertrauensschutz gesehen²⁾ und § 52 I Satz 2 und 3 BVG deshalb insoweit für nichtig erklärt.

II) Die Folgen der Entscheidungen

Die Wirkungen verfassungswidriger Bestimmungen des Sozialversicherungs- und Versorgungsrechts sind für weite Kreise von grosser, z.T. lebenswichtiger Bedeutung. Viele Fragen tauchen auf: müssen Waisenrenten nach der Nichtigerklärung der §§ 44 II AVG a.F., 45 V S.1 BVG a.F. nachgezahlt, aufgrund des § 27 IV KgfEG a.F. zu Unrecht gezahlte Prozesskosten, nach § 91 III Nr.1 LAG entrichtete Hypothekengewinnabgaben für Grundstücke im Eigentum des Ehegatten zurückerstattet werden? Was geschieht mit Beschlüssen eines Zulassungsausschusses, durch die Bewerber von der Zulassung zu einer Kassenarztpraxis wegen der Beschränkung des § 368 a Abs.I-III RVO ausgeschlossen wurden?

1) BVerfG vom 31.3.1965, NJW 65/1267 ff.

2) Eine Rückwirkung hätte, wie das BVerfG ausführte, die Betroffenen auch deswegen besonders hart getroffen, weil es um die Rückzahlung relativ grosser Summen -zwischen DM 3000.- und DM 15000.- ging.

Hat der Bund den Ländern die aufgrund des Tilgungsgesetzes an die anspruchsberechtigten Geldinstitute geleisteten Zahlungen zu ersetzen?

Die Antwort hängt in erster Linie davon ab, ob § 79 II BVerfGG auf die Rechtsfolgen der nichtigen Normen angewendet werden kann. Wäre dies der Fall, so müssten die betreffenden Entscheidungen der Sozialbehörden unterschiedlich beurteilt werden, je nachdem, ob sie unanfechtbar waren oder nicht. Im anderen Falle könnten die Betroffenen u.U. uneingeschränkt Nachzahlung der ihnen bisher nicht voll gezahlten Renten- bzw. Versorgungsleistungen oder Rückerstattung zu Unrecht gezahlter Beträge verlangen. Stellungnahmen der Rechtsprechung liegen allerdings bisher kaum vor; das Schrifttum hat sich, soweit ersichtlich, gar nicht geäußert.

Es kommt also darauf an, ob Wortlaut und Sinn des § 79 II BVerfGG auf rechtskräftige Entscheidungen im Bereich des Sozialrechts passen; zuvor soll jedoch kurz auf die Rechtslage hinsichtlich der Wirkung der nichtigen Normen auf andere Rechtsvorschriften und noch nicht rechtskräftige bzw. zukünftige Verfahren eingegangen werden.

1) auf andere Rechtsvorschriften

Die im Zusammenhang mit der Nichtigkeitserklärung des § 27 EStG (Zusammenveranlagung von Eltern und Kindern) getroffene Feststellung des BVerfG¹⁾, die Verfassungswidrigkeit einer Norm strahle auf andere Bestimmungen, die von denselben Grundsätzen ausgingen, aus, ist auch im Sozialrecht von Interesse. Die für nichtig erklärten Regelungen der Waisenrenten nach §§ 44 II AVG, 45 V S.1 BVG hatten z.B. in anderen Gesetzen ihre Parallelen, so im Sozial- und Unfallversicherungsrecht. Die §§ 1267 RVO und 595 II UVNG gewähren beim Tod von weiblichen Versicherten unterhaltsberechtigten Kindern ebenfalls nur dann Waisenrente, wenn die Versicherten den überwiegenden Teil des Familienunterhalts bestritten haben. Nach den Entscheidungen des BVerfG

1) NJW 63/1563 ff.

zu §§ 44 II AVG, 45 V S.1 BVG¹⁾ müssten jedoch auch diese Bestimmungen für verfassungswidrig erklärt werden. Rechtsprechung und BVerfG haben sich allerdings bisher noch nicht mit der Frage beschäftigt.

2) auf anfechtbare Entscheidungen und
zukünftige Verfahren

Keine Schwierigkeiten bereitet zunächst die Wirkung der verfassungswidrigen Normen des Sozialrechts auf die zukünftige Praxis von Gerichten und Behörden: es gilt der allgemeine Grundsatz, dass die nichtigen Normen nicht mehr angewendet werden dürfen und dass zukünftige Entscheidungen in Übereinstimmung mit den Entscheidungen des BVerfG zu treffen sind. Ausserdem gibt es Vorschriften in anderen sozialrechtlichen Gesetzen, die ähnliche Sachverhalte wie die für nichtig erklärten Normen regeln und an denen sich Justiz und Verwaltung künftig orientieren können. Das Bundessozialgericht hat z.B. schon vor der Entscheidung des BVerfG zu § 43 I BVG a.F. (Witwerrente) festgestellt²⁾, dass selbst dann, wenn diese Vorschrift verfassungswidrig sein sollte, die Witwerversorgung nach dem BVG in analoger Anwendung entsprechender Vorschriften in anderen Gesetzen gehandhabt werden müsse³⁾. Solche Vorschriften finden sich u.a. im Angestellten- und Sozialversicherungsrecht (§§ 43 AVG, 1266 RVO, 66 KnVG⁴⁾ und 593 UVNG⁵⁾; sie fordern übereinstimmend als Voraussetzung für die Gewährung einer Witwerrente lediglich, dass der überwiegende Unterhalt der Familie von der verstorbenen Ehefrau wegen Erwerbsunfähigkeit des Mannes aufgebracht wurde, während er nach § 43 I BVG a.F. noch zusätzlich aus dem Arbeitsverdienst der Ehefrau stammen und der Mann gegenwärtig bedürftig sein musste. Die beiden letzten Voraussetzungen, die das BVerfG wegen Verletzung des Gleichheitssatzes für verfassungswidrig gehalten hatte⁶⁾, sind allerdings bei der Neufassung des

1) NJW 63/1723 ff. 2) Bd.9/36 ff. 3) a.a.O. 42 ff.

4) BGBl. 57 I/553

5) § 593 UVNG trat mit Wirkung vom 1.7.1963 an die Stelle des § 589 RVO a.F.

6) BVerfG 17/38 ff.

§ 43 BVG im Jahre 1960 gestrichen worden. In Fällen, in denen vergleichbare Tatbestände in anderen Gesetzen vorhanden sind, handelt es sich somit nur um deren analoge Anwendung auf den durch die verfassungswidrige Norm geregelten Sachverhalt; so hätte man z.B. bei der Auslegung des § 43 BVG a.F. entsprechend den genannten Vorschriften verfahren müssen, wenn es bei der alten Fassung geblieben wäre. Finden sich keine analogen Bestimmungen, muss die durch die nichtige Vorschrift entstandene Lücke im Gesetz in unmittelbarer Anwendung des GG (Art.1 III) und in verfassungskonformer Interpretation der verbleibenden gesetzlichen Vorschriften von Gerichten und Behörden geschlossen werden¹⁾. Entsprechendes gilt auch für die noch nicht rechtskräftigen, auf den verfassungswidrigen sozialrechtlichen Normen beruhenden Entscheidungen. Z.B. können Waisenrentenbescheide aufgrund der §§ 44 II AVG, 45 V S.1 BVG, Kostenbeschlüsse aufgrund des § 27 IV KgtEG oder Verfügungen über Hypothekengewinnabgaben gem. § 91 III Nr.1 LAG mit den allgemein zulässigen Rechtsmitteln angefochten bzw. von den Behörden zurückgenommen werden; die Fälle müssen dann in Übereinstimmung mit den oben angeführten Grundsätzen neu entschieden werden.

Wie im Steuerrecht hängt es auch hier vom Gesetzgeber ab, wann und inwieweit die nichtigen Normen durch Neuregelungen ersetzt werden. Das ist bisher nicht in allen Fällen geschehen. Im Versorgungsrecht ist z.B. die Waisenrente nach der Nichtigkeitserklärung des § 45 V S.1 BVG durch die Neufassung des BVG vom 21.2.1964²⁾ auf eine neue gesetzliche Grundlage gestellt worden: § 45 BVG gewährt jetzt allen unterhaltsberechtigten Kindern von verstorbenen Versicherten ohne Unterschied eine Rente bis zum 18.³⁾ Lebensjahr. Die Änderung des BVG im Jahr 1960⁴⁾ hat die verfassungswidrige Benachteiligung von nachgeborenen unehelichen Kindern bei der Regelung von Ausgleichsrenten für Kriegsbe-

1) Ähnlich BVerfG 3/225 ff. 243, BGHZ 11/Anh.B, 34 ff.

2) BGBl. I/101 ff.

3) bei Berufsausbildung bis zum 25. Jahr

4) BGBl. I/453

schädigte in § 32 mit Wirkung vom 1.7.1960 an beseitigt. Bis zum Erlass gesetzlicher Neuregelungen muss bei noch anfechtbaren Entscheidungen der neuen Rechtslage Rechnung getragen, d.h. Nachzahlung der zu Unrecht nicht gewährten Versorgungsleistungen verlangt werden können.

3) auf formell bestandskräftige Entscheidungen

Eine Anwendung des § 79 II BVerfGG auf Massnahmen, die auf den für nichtig erklärten Normen des Sozialrechts beruhen, aber zur Zeit der Entscheidung des BVerfG bereits unanfechtbar geworden sind, würde bedeuten, dass diese Massnahmen nachträglich nicht mehr abgeändert werden können, d.h. Ansprüche der Betroffenen auf Nachzahlung der ihnen zu Unrecht vorenthaltenen Renten- oder Versorgungsleistungen oder Ansprüche auf Erstattung zu Unrecht gezahlter Beträge ausgeschlossen sind. Soweit sich in der Rechtsprechung überhaupt Hinweise auf das Schicksal derartiger Entscheidungen finden, ist von den Grundsätzen des § 79 II BVerfGG jedoch nicht die Rede gewesen.

Das BVerfG hat z.B. im Kassenarztturteil¹⁾ festgestellt, dass die auf dem verfassungswidrigen § 368 a I-III RVO beruhenden Beschlüsse der Zulassungsausschüsse für die Zulassung als Kassenarzt aufzuheben seien, ohne darauf abzustellen, ob diese Beschlüsse rechtskräftig waren oder nicht. Tatsächlich geht es in diesen Fällen gar nicht um Fragen der Rechtssicherheit oder des Vertrauensschutzes. Es wäre unsinnig, den Ausschluss von Bewerbern als Kassenärzte aufgrund solcher Beschlüsse aufrechtzuerhalten, nachdem durch das BVerfG der freie Zugang zur Kassenarztpraxis ohne Bedürfnisprüfung ermöglicht worden ist. Auch im Fall des verfassungswidrigen § 27 IV KgfEG (Kostentragung in einem Rechtsstreit um Entschädigungsleistungen auf jeden Fall durch den, der entsprechende Ansprüche geltend macht) bleibt eine Anwendung des § 79 II BVerfGG auf rechtskräftige Kostenfestsetzungsbeschlüsse zweifelhaft, denn das BVerfG

1) Bd.12/144 ff. (151)

hat z.B. mehrfach auf § 27 IV KgfEG beruhende rechtskräftige Beschlüsse von Landesverwaltungsgerichten aufgehoben und die Sache zurückverwiesen¹⁾. Allerdings muss der Betroffene dazu den Weg der Verfassungsbeschwerde beschreiten. Von vornherein ausscheiden muss aber § 79 II BVerfGG im Fall des für nichtig erklärten Gesetzes über die Tilgung von Ausgleichsforderungen. Schon die Massnahmen der Länder zur Bezahlung der ihnen auferlegten Ausgleichsforderungen der Kreditinstitute gegen die öffentliche Hand dürften kaum unter den Begriff der anfechtbaren Verwaltungsakte i.S. des § 79 II BVerfGG fallen; da es hier um das Verhältnis Bund-Länder geht, handelt es sich um Akte innerhalb der staatlichen Gewalten²⁾. Ausserdem kann keine unerträgliche Rechtsunsicherheit entstehen, wenn nun der Bund anstelle der Länder die Bezahlung der Ausgleichsforderungen übernehmen muss; deshalb kann auch § 79 II S.4 BVerfGG keine Anwendung finden: haben die Länder Zahlungen an die Gläubiger geleistet, so können sie, da sie durch den Wegfall des Tilgungsgesetzes ohne rechtliche Verpflichtung gezahlt haben, von dem eigentlichen Schuldner, dem Bund, Erstattung ihrer Aufwendungen verlangen³⁾.

Hinsichtlich der für nichtig erklärten Regelungen im Sozialversicherungs- und Versorgungsrecht wäre ebenfalls zu überlegen, ob nicht bei formell bestandskräftigen Bescheiden, die z.B. Waisenrenten abgelehnt hatten, weil es an der überwiegenden Unterhaltsleistung durch den verstorbenen weiblichen Elternteil fehlte (§§ 44 II AVG, 45 V S.1 BVG), die starre Regelung des § 79 II BVerfGG abgemildert werden kann. Die Aufrechterhaltung der nicht mehr anfechtbaren Entscheidungen in Satz 1 ist aus Gründen der Rechtssicherheit vorgesehen, die in diesen Fällen aber nicht tangiert ist. Das Prinzip der Rechtssicherheit bzw. des Vertrauensschutzes, der eines der wesentlichen Elemente der Rechtssicherheit bildet⁴⁾, hier im Sinne einer Aufrechterhaltung der Verwaltungsakte anwenden zu wollen, würde der Intention

1) BVerfG 14/54, Anm.1 und 15/273 ff.

2) vgl. Forsthoff 181 ff. 3) so auch Patzig 393

4) BVerfG 13/261 ff.

des Vertrauensschutzes gerade zuwiderlaufen; denn der einzelne braucht nicht in seinem Vertrauen auf den Bestand eines ihn belastenden Verwaltungsaktes geschützt zu werden. Solche Bescheide müssten demnach so weitgehend wie möglich zurückgenommen¹⁾ und die zu Unrecht abgelehnten Leistungen nachgeholt werden.

4) Zusammenfassung

a) Die Nichtigkeit verschiedener Normen des Sozialrechts strahlt auf entsprechende Regelungen in anderen Gesetzen aus, wenn sie von denselben -vom BVerfG für verfassungswidrig erklärten- Grundsätzen oder Kriterien ausgehen. Diese sind dann ebenfalls verfassungswidrig.

b) Die für nichtig erklärten Normen dürfen in Zukunft nicht mehr angewendet werden; eine Entscheidung ist vielmehr in unmittelbarer Anwendung der in der Entscheidung des BVerfG zum Ausdruck gekommenen Verfassungsgrundsätze bzw. anhand der Regelungen analoger Fälle in anderen sozialrechtlichen Bestimmungen zu treffen. Dasselbe gilt auch für auf den nichtigen Vorschriften beruhende, noch nicht rechtskräftige Entscheidungen, die mit den allgemeinen Rechtsmitteln anfechtbar sind bzw. von der Verwaltung zurückgenommen werden müssen. Zu Unrecht nicht gewährte Leistungen sind nachzuholen.

c) § 79 II BVerfGG ist auch auf zur Zeit der Entscheidung des BVerfG bereits formell bestandskräftige Verwaltungsakte im sozialrechtlichen Bereich nicht zugeschnitten; zum Teil fehlt es schon an den tatbestandlichen Voraussetzungen, zum Teil geht es gar nicht um den Konflikt zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit; ausserdem gibt es Fälle, in denen eine Änderung formell bestandskräftiger Bescheide im Interesse der Betroffenen gerechtfertigt erscheint, weil die Rechtssicherheit dadurch nicht beeinträchtigt wird und es dem Sinn des Vertrauensschutzes nicht entsprechen würde, diesen Bescheiden endgültig jede Abänderbarkeit zu versagen.

1) so Scheuner 1255

Vierter Abschnitt: B e a m t e n r e c h t

Sämtlichen Vorschriften, die im Bereich des Beamtenrechts für verfassungswidrig erklärt worden sind, lagen Verstösse gegen die "hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums" oder den Gleichheitssatz (Art.33 V, 3 GG) zugrunde. Es ging dabei in erster Linie um die Verfassungsmässigkeit von Differenzierungen zwischen bestimmten Beamtengruppen im Hinblick auf Versorgungs- und Entschädigungsleistungen.

I) Die Entscheidungen des BVerfG

1) Versorgungsrecht

a) G 131 i.V.m. dem 1.And.G (Art.V Abs.1)

Den Beginn bildete eine Vorschrift des 1.And.G¹⁾ zu dem G 131²⁾; durch das AndG waren rückwirkend ab 1.4.1951 Ausgleichszahlungen an Angehörige bestimmter, im G 131 aufgeführter Organisationen, die bereits vor 1933 den Status einer öffentlich - rechtlichen Körperschaft mit gewissen Hoheitsbefugnissen innehatten, vorgesehen. Art.V Abs.1 des AndG hatte für die Angehörigen der früheren Reichsapotheker- und Reichsärztekammer eine Ausnahme gemacht: für sie sollten die Ausgleichszahlungen erst ab 1.9.1953, dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des AndG, gewährt werden.

Das BVerfG hat jedoch den Ausschluss dieser Gruppe von der Rückwirkung des AndG für verfassungswidrig erklärt³⁾, weil der Kreis der in das G 131 aufgenommenen und somit begünstigten Organisationen von objektiven Gesichtspunkten, eben ihrem Status vor 1933, bestimmt worden sei. Das AndG könne deshalb nicht willkürlich bestimmte Gruppen benachteiligen, d.h. von gesetzlich vorgesehenen Leistungen ausschlies-

1) BGBl.53 I/98o

2) BGBl.51 I/3o7

3) Bd.6/246 ff.

sen; die Reichsapotheker- und Reichsärztekammer sei nicht erst unter nationalsozialistischer Herrschaft geschaffen worden, sondern hätte schon nachweislich vor 1933 den Status einer öffentlich - rechtlichen Körperschaft innegehabt. Auch sie gehöre deshalb in den Kreis der von der Rückwirkung der Ausgleichszahlungen betroffenen Organisationen i.S. des § 2 G 131¹⁾; ebenso hat das BVerfG im Fall der Angehörigen des früheren Forschungsamtes (RLM) entschieden²⁾.

b) Besoldungsrecht (§ 6 I Besold.G 1951)

Eine weitere Benachteiligung der unter das G 131 fallenden Beamten hatte das Gesetz zur Änderung und Ergänzung des Besoldungsrechts vom 6.12.1951³⁾ gebracht; das Gesetz erhöhte die Bezüge der Beamten und Richter des Bundes rückwirkend ab 21.10.1951 (§ 5), schloss aber Versorgungsempfänger nach dem G 131 davon aus (§ 6 I); ihnen wurde die Erhöhung der Bezüge erst durch das zweite Änderungsgesetz zum Besoldungsrecht vom 20.8.1952⁴⁾ mit Wirkung vom 1.4.1952 zuerkannt.

Diese Ungleichbehandlung der Beamten nach dem G 131 gegenüber sonstigen Bundesbeamten hat das BVerfG zum Anlass einiger grundsätzlicher Ausführungen über das Versorgungsrecht der Beamten genommen⁵⁾; Die Garantie des Berufsbeamtentums in Art.33 V GG umfasse auch die Garantie eines angemessenen Lebensunterhalts und einer angemessenen Altersversorgung. Die Versorgungsleistungen hätten sich an den allgemeinen Lebenshaltungskosten zu orientieren. Für die Versorgungsempfänger nach dem G 131 sei jedoch zur Zeit des Beginns der vorgesehenen Gehalts- oder Pensionserhöhungen das Minimum einer angemessenen Versorgung nicht mehr gewährleistet gewesen; § 6 I des Bundesbesoldungsgesetzes 1952 verstosse deshalb gegen die Grundsätze des Art.33 V GG. Der Gesetzgeber habe es in verfassungswidriger Weise unterlassen, für den fraglichen Zeitraum (21.10.1951 - 31.3.1952) eine dem Art.33 V GG entsprechende Regelung zu treffen; diese Regelung müsse deshalb nachgeholt werden.

1) vgl. Anlage zu § 2, Nr. 50, 51 2) Bd. 6/282 ff. (132)

3) BGBl. I/939 4) BGBl. I/582 5) Bd. 8/1 ff., 28 ff..

2) Entschädigungsrecht (§ 19 I BWGÖD)

Um den Ausschluss bestimmter Gruppen von staatlichen Leistungen ging es auch bei einer Vorschrift des Gesetzes zur Regelung der Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts für Angehörige des öffentlichen Dienstes (BGWÖD) aus dem Jahr 1951¹⁾. Das 3. Änderungsgesetz von 1955²⁾ hatte für die Betroffenen rückwirkend schon für einen vor Inkrafttreten des BGWÖD liegenden Zeitraum, nämlich ab 1.4. 1950, bestimmte Kapitalentschädigungen vorgesehen. Eine gewissen Gruppe von Entschädigungsberechtigten war jedoch durch § 19 I BWGÖD von dieser Rückwirkung teilweise ausgeschlossen³⁾; sie sollten erst ab Inkrafttreten des BGWÖD (1.4.1951), also um ein ganzes Jahr später, in den Genuss der Kapitalentschädigung kommen.

Die Festsetzung von Kapitalentschädigungen war allerdings an sich den Grundsätzen des BWGÖD fremd; üblicherweise wurde nämlich die Höhe der auszahlenden Entschädigungen nicht nach einem festgelegten Schlüssel, sondern nach der Höhe des individuellen Schadens berechnet.

Das BVerfG hat jedoch in seiner Entscheidung zu § 19 I BWGÖD⁴⁾ dieses Verfahren eines festen Schlüssels verfassungsrechtlich nicht beanstandet. Der Gleichheitssatz gestatte durchaus auch Differenzierungen bei verschieden gelagerten Sachverhalten; nur dürften sie nicht sachfremd sein und müssten sich immer aus dem konkreten Fall selbst ergeben. Von dieser differenzierenden Betrachtungsweise gehe auch die Einführung einer Kapitalentschädigung aus; dann müsse sie aber für sämtliche Entschädigungsberechtigte gelten; es gehe nicht an, eine bestimmte Gruppe wiederum unterschiedlich zu behandeln mit der abstrakten Rechtfertigung, dass von vornherein ein Teil der Entschädigungsberechtigten leichter, ein anderer Teil schwerer geschädigt

1) i.d.F. des 3.Änd.G.1955 (BGBl. I/820 ff., 822)

2) a.a.O.

3) dies geschah dadurch, dass § 19 I in seiner Aufzählung der entschädigungsberechtigten Gruppen nicht mehr auf § 15 Bezug nahm.

4) ZBR 64/19 ff.

sei. § 19 I BWGöD sei deshalb insoweit verfassungswidrig und damit nichtig, als er den in § 15 BWGöD genannten Personenkreis von der Kapitalentschädigung für die Zeit vom 1.4.1950 - 31.3.1951 ausschliesse.

3) Beamtenbeförderungswesen (§ 110 BBG)

Die unter Nr.1 und 2 angeführten Entscheidungen des BVerfG sind der breiten Öffentlichkeit weniger bekannt geworden; umso mehr hat die Nichtigerklärung des Beförderungsschnitts in § 110 BBG¹⁾ Aufsehen erregt.

Nach §§ 107 ff. BBG wird das Ruhegehalt der Bundesbeamten auf der Grundlage der ruhegehaltsfähigen Dienstbezüge errechnet. § 110 BBG hatte vorgeschrieben, dass dabei für je 6 Dienstjahre seit der Anstellung nur eine Beförderung zu berücksichtigen war.

Das BVerfG hat anhand dieses pauschalen Beförderungsschnitts noch einmal die Elemente des beamtenrechtlichen Versorgungssystems herausgestellt: hinsichtlich des Unterhalts beruhe es auf dem Alimentationsprinzip, hinsichtlich der Beförderungen auf dem Leistungsprinzip. Die Begrenzung der zu berücksichtigenden Beförderungen in § 110 bedeute eine Benachteiligung desjenigen Beamten, der aufgrund seiner Fähigkeiten schneller befördert sei. Das Leistungsprinzip müsse sich nicht nur in der Anzahl der Beförderungen auswirken, sondern müsse seine materielle Anerkennung in der Höhe der Bezüge des Beamten finden. Die in § 110 BBG vorgesehene Einschränkung der Beförderungen sei willkürlich und verstosse gegen Art. 33 V und 3 GG; § 110 BBG sei deshalb in vollem Umfang nichtig. Hinsichtlich des G 131, das sich in seinen versorgungsrechtlichen Bestimmungen an dem BBG orientiert, hat das BVerfG ausdrücklich die Weitergeltung des § 110 BBG festgestellt²⁾, da ihm hierfür "selbständige Bedeutung" zukomme³⁾⁴⁾.

1) BVerfG 11/203 ff. 2) a.a.O. 216

3) so schon BVerwG ZBR 57/363; Hess.VGH ZBR 61/29

4) hinsichtlich des Versorgungsrechts in G 131 vgl. weiter BVerfG 6/222 ff. und BGHZ 11/Anh.A 3 ff.

II) Die Folgen der Entscheidungen

Auch im Beamtenrecht ist zu untersuchen, ob und inwieweit sich die nach den Entscheidungen des BVerfG entstandene neue Rechtslage nach § 79 II BVerfGG beurteilen lässt, oder ob alle auf den verfassungswidrigen Bestimmungen beruhenden Verwaltungsakte zurückgenommen bzw. ob die bestimmten Beamtengruppen zu Unrecht vorenthaltenen Versorgungsleistungen nachgeholt werden müssen. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass eine Anwendung des § 79 II BVerfGG schon deshalb Zweifeln begegnet, weil die Mehrzahl der versorgungsrechtlichen Bestimmungen, über die das BVerfG bisher entschieden hat, nicht für nichtig, sondern lediglich für verfassungswidrig erklärt worden sind¹⁾, was an sich dem Wortlaut des § 79 II S.1 BVerfGG widerspricht.

Im Schrifttum sind die Folgen verfassungswidriger Bestimmungen auf dem Gebiet des Beamtenrechts bisher noch nicht, in der Rechtsprechung nur vereinzelt erörtert worden. Im folgenden soll der Versuch einer Stellungnahme in zwei Abschnitte aufgeteilt werden: die Rechtslage hinsichtlich der verfassungswidrigen Bestimmungen des eigentlichen Versorgungsrechts und die Auswirkungen des für nichtig erklärten Beförderungsschnitts des § 110 BBG auf die auf seiner Grundlage ergangenen Pensionsfestsetzungsbescheide.

1) Versorgungsrecht

Bei den bisher verfassungsgerichtlich überprüften Bestimmungen ging es um die Frage, ob es zulässig sei, bestimmte Beamtengruppen von gesetzlich(rückwirkend) vorgesehenen staatlichen Leistungen auszuschliessen. Auffallend ist jedoch, dass das BVerfG bei den Vorschriften, die den Personenkreis des G 131 betrafen, sich darauf beschränkte, deren Verfassungswidrigkeit festzustellen, während es den eine andere Gruppe betreffenden § 19 I BWGöD darüber hinaus

1) vgl. Bd.6/246 ff., 282 ff., 8/1 ff., 28 ff.

für nichtig erklärt hat. Man fragt sich nun, warum das BVerfG so unterschiedlich verfahren ist.

Es hat hierfür verschiedene Gründe angeführt. Einmal hat es die Auffassung vertreten¹⁾, dass es die Wahl habe, Vorschriften, die gewisse Gruppen von Beamten begünstigten, andere dagegen benachteiligten, entweder für nichtig zu erklären oder lediglich deren Verfassungswidrigkeit festzustellen. Diese Interpretation verfassungsgerichtlicher Möglichkeiten hat das BVerfG bisher nicht vertreten. In den ähnlich gelagerten Fällen des Sozialrechts, die ebenfalls eine bestimmte Gruppe von Rentenberechtigten, nämlich die Kinder versicherter Ehefrauen, von Waisenrenten ausgeschlossen hatten, es sei denn, dass von diesen der überwiegende Familienunterhalt bestritten worden war (§§ 45 V BVG a.F., 44 II AVG a.F.), sind die betreffenden Bestimmungen ohne weiteres für nichtig erklärt worden. Es lässt sich nun kaum ein einleuchtender Grund dafür finden, warum im Beamtenrecht anders verfahren werden soll. Das GG bietet jedenfalls keine Anhaltspunkte für die Ansicht des BVerfG, und § 78 BVerfGG schreibt zwingend vor, dass eine verfassungswidrige Norm für nichtig zu erklären ist. Das BVerfG ist aber offenbar mehr von den Auswirkungen einer eventuellen Nichtigerklärung ausgegangen, indem es ausführt²⁾, dass es mit der Nichtigerklärung den in verfassungswidriger Weise nichtberücksichtigten Gruppen Versorgungsleistungen zuspreche, für die kein gesetzlicher Anspruch bestehe; ein solcher Anspruch, der z.B. im Wege der Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden könnte, sobald die verfassungswidrigen Bestimmungen weggefallen seien, gehe auf ein Handeln des Gesetzgebers und müsse in jedem Fall als unzulässig abgewiesen werden; dies gelte auch dann, wenn die Nachholung der unterbliebenen Regelung durch die Verfassung (Art. 33 V GG) geboten sei. Selbst wenn aber die fragliche Vorschrift für nichtig erklärt werde, könnten die zu Unrecht nicht berücksichtigten Gruppen keine Nachzahlungen verlangen, da es dann erst recht an einer gesetzlichen Grundlage fehlen

1) Bd. 8/28 ff. (37)

2) a.a.O. 38 und Bd. 8/1 ff. 19

würde. Eine Vorschrift könne nur dann für nichtig erklärt werden, wenn "mit Sicherheit" anzunehmen sei, dass der Gesetzgeber die verbleibende Fassung des Gesetzes auch auf den ausgeschlossenen Personenkreis erstreckt haben würde¹⁾. Im Fall der unter das G 131 fallenden Beamten sei dies jedoch nicht anzunehmen.

Sieht man einmal von der Auffassung des BVerfG, für beamtenrechtliche Versorgungsleistungen gelte eine Art absoluter Gesetzesvorbehalt ab, auch davon, dass es danach für die Betroffenen nicht mehr darauf ankommt, ob die sie benachteiligenden Vorschriften für nichtig oder lediglich für verfassungswidrig erklärt werden, da ihnen ja auf jeden Fall Nachzahlungsansprüche versagt bleiben, so fragt es sich, ob die vom BVerfG behauptete Ausnahme sich wirklich jemals realisieren lässt. Dies scheint kaum möglich zu sein. Eine Beantwortung der Frage, ob der Gesetzgeber tatsächlich alle fraglichen Beamtengruppen gleich behandelt hätte, wird wohl nie "mit Sicherheit" gegeben werden können, da es gilt, sich retrospektiv in die Lage des Gesetzgebers zur Zeit des Inkrafttretens des betreffenden Gesetzes zurückzusetzen. Notgedrungen wird sich das BVerfG darauf beschränken müssen, gewisse Wahrscheinlichkeitserwägungen anzustellen. Damit aber bleibt die Möglichkeit einer Berücksichtigung zu Unrecht benachteiligter Beamtengruppen lediglich im theoretischen; das gesetzgeberische Verhalten "mit Sicherheit" ex post zu bestimmen, dürfte kaum jemals in der Praxis zu verwirklichen sein. Ausserdem fragt es sich anhand der hier erörterten Versorgungsregelungen, ob, selbst wenn man eine solche Bestimmung für möglich hält, der Gesetzgeber wirklich "mit Sicherheit" Beamte, nach dem G 131 und sonstige Bundesbeamte ungleich behandeln wollte. Der bestehende Rechtszustand scheint eher dagegen zu sprechen.

Offenbar hat nämlich der Gesetzgeber doch nur eine Lösung hinsichtlich der Beamtenversorgung, d.h. eine Gleichbehand-

1) BVerfG 8/28 ff. 37, vgl. auch 15/121 ff. 125

lung beider Beamtengruppen, der nach dem G 131 und der sonstigen Bundesbeamten, im Auge gehabt. Nach der Feststellung des BVerfG¹⁾, der Ausschluss bestimmter Personenkreise von rückwirkenden Versorgungsleistungen in Art.V Abs.1 des 1. Änderungsgesetzes zu dem G 131 sei verfassungswidrig, hat z.B. das 2. Änderungsgesetz²⁾ zum G 131 diese Personen in die Versorgungsleistungen miteinbezogen³⁾; es ist sehr wahrscheinlich, dass der Gesetzgeber auch die durch § 6 I des Besoldungsgesetzes 1951 von rückwirkenden Gehaltserhöhungen ausgeschlossenen Beamten nach dem G 131 in zukünftigen Änderungen des Bundesbeamtengesetzes den übrigen Bundesbeamten gleichstellt. Welche Lösung sollte auch sonst in Frage kommen, nachdem die Ungleichbehandlung der beiden Beamtengruppen in § 6 I Besoldungsgesetz 1951 ausdrücklich für verfassungswidrig erklärt wurde? Wenn eine zukünftige Änderung des Bundesbesoldungsgesetzes wiederum Differenzierungen vornähme, würden sie mit Sicherheit ebenfalls vom BVerfG für verfassungswidrig erklärt werden. Im übrigen sieht der Gesetzgeber auch im G 131 selbst eine möglichst weitgehende Gleichbehandlung der verschiedenen Beamtengruppen vor; § 78 G 131 fordert nämlich, die versorgungsrechtlichen Regelungen des Gesetzes an das Bundesbeamtengesetz "anzupassen". Demgegenüber versagt auch der Einwand des BVerfG⁴⁾, hinsichtlich der Auswirkungen von Staatszusammenbrüchen im Bereich des Beamtenrechts gebe es keine "hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums"; denn der Gesetzgeber hat sich nun einmal, wie § 78 G 131 zeigt, dafür entschieden, Beamte nach dem G 131 und sonstige Bundesbeamte in versorgungsrechtlicher Hinsicht gleich zu behandeln.

Schliesslich verdient noch die Auffassung des BVerfG⁵⁾, Versorgungsansprüche von Beamten bedürften immer einer ausdrücklichen positivgesetzlichen Grundlage, eine nähere Untersuchung. Zur Verdeutlichung soll noch ein der Ansicht des BVerfG entsprechendes Urteil des BVerwG dienen, das zeigt, wie sehr dabei Art.33 V GG i.S. eines fast "totalen Gesetzesvorbehalts"

1) Bd.6/246 ff.
4) Bd.15/167 ff.

2) BGBI.57 I/1296
5) Bd.8/28 ff. 35

3) Art.II Absatz 25

verstanden wird.

Es ging dabei um einen ähnlichen Fall wie den der Versorgungsansprüche der Beamten nach dem G 131, nämlich um die beamtenrechtliche Witwerversorgung, die nach dem Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgrundsatzes (Art.117 i.V.m. 3 II GG) an sich eine Änderung hätte erfahren sollen¹⁾. Das BVerwG²⁾ hat es aber selbst in diesem Fall, in dem das Ausserkrafttreten von mit dem Gleichberechtigungsgrundsatz unvereinbaren Regelungen unmittelbar von der Verfassung vorgesehen war, für unzulässig erklärt, nunmehr in direkter Anwendung des Art.3 II GG und in verfassungskonformer Auslegung der beamtenrechtlichen Hinterbliebenenversorgung (§§ 123 ff.BBG) zu verfahren, solange keine speziellen positivrechtlichen Grundlagen geschaffen seien. Aus Art. 33 V GG folge, dass die Beamtenversorgung nur aufgrund eines positiven Gesetzes erfolgen dürfe; fehle dies, so könnten die Gerichte nichts unternehmen, selbst dann nicht, wenn das Gesetz verfassungswidrig sei. Während das BVerfG³⁾ aber unter "positivem Gesetz" nur ein verfassungsmässiges Gesetz versteht, zieht das BVerwG noch die weitergehende Konsequenz, nämlich dass der rein formelle Gesetzesvorbehalt, und damit auch ein verfassungswidriges Gesetz, die Durchsetzung von Grundrechten blockieren kann. Das BVerwG sieht Art.33 V GG gegenüber dem Gleichheitssatz als lex specialis an und zieht den Grundsatz der Gewaltenteilung als Begründung heran: jede Zuerkennung beamtenrechtlicher Versorgungsleistungen durch Richterspruch bedeute, selbst wenn die Verfassungswidrigkeit der bestehenden Regelung festgestellt sei, einen Eingriff in die "Entscheidungsfreiheit des Gesetzgebers", die Schaffung eines "neuen Gesetzeswortlauts" und verstosse gegen das Gewaltenteilungsprinzip, das hier strenger als in anderen Rechtsgebieten durchgeführt sei. Das BVerwG war dabei offenbar der Ansicht, die Besonderheiten des Beamtenrechts

1) vgl.z.B. BayVerfGH DVBl.61/176, der den dem BBG entsprechende Ausschluss von Witwern von der Hinterbliebenenversorgung im bay. Beamtenrecht für verfassungswidrig erklärt hat, und BGH DVBl. 55/678

2) BVerwG 18/293 ff.

3) a.a.O.

würden die Anwendung besonderer Masstäbe rechtfertigen, denn es hat abschliessend die lapidare Feststellung getroffen, den durch die verfassungswidrigen Vorschriften benachteiligten Beamten könne zugemutet werden, bis zum Erlass einer gesetzlichen Neuregelung abzuwarten¹⁾.

Die insoweit übereinstimmenden Auffassungen von BVerfG und BVerwG basieren auf einer Interpretation der "hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums", die vom theoretischen und vom praktischen her nicht ohne weiteres einleuchtend erscheinen. Um mit dem letzteren zu beginnen: die Auswirkungen dieser Auffassung wären, dass sich verfassungswidrige Bestimmungen des Beamtenrechts in keinem Fall zugunsten der betroffenen Beamten bemerkbar machen könnten; da der Gesetzesvorbehalt stärker als der Gleichheitssatz sein soll, müssen sämtliche Nachzahlungsansprüche so lange abgewiesen werden, als noch keine gesetzlichen Neuregelungen ergangen sind. Das läuft aber darauf hinaus, dass der durch das BVerfG festgestellte verfassungswidrige Zustand auf unbestimmte Zeit hinaus perpetuiert werden kann, oder anders gesagt, dass der Spruch des BVerfG zunächst gar keine konkreten Auswirkungen hat. Es steht im Ermessen des Gesetzgebers, ob und wann er die verfassungswidrigen Bestimmungen durch andere ersetzt; er kann -wie das BVerfG selbst bemerkt²⁾- nicht zum Handeln gezwungen werden, dies auch dann nicht, wenn ein solches Handeln von der Verfassung geboten ist.

Die vom BVerfG und BVerwG aufgestellte Forderung, alles beim alten zu lassen, solange der Gesetzgeber nicht tätig geworden ist, verstösst ausserdem gegen den vom BVerfG selbst aufgestellten Grundsatz, dass das Risiko fehlerhafter Gesetze, und darunter fallen auch verfassungswidrige Regelungen, nicht zu Lasten des einzelnen Bürgers gehen darf³⁾. Die Betroffenen müssen u.U. jahrelang zuwarten, bevor Neuregelungen ergehen und Nachzahlungsansprüche

1) a.a.O. (= NJW 64/1584 ff. 1586)

2) Bd. 8/28 ff., 35

3) Bd. 13/206 ff., 267 ff.

geltend gemacht werden können¹⁾; möglich ist auch, dass Neuregelungen auf absehbare Zeit hinaus überhaupt nicht erlassen werden. Das BVerwG meint zwar, eine solche Wartezeit könne den Betroffenen "zugemutet" werden; die Besonderheiten des beamtenrechtlichen Dienstverhältnisses ergeben jedoch keine Anhaltspunkte dafür, dass das, was hinsichtlich verfassungswidriger Gesetze und ihrer Folgen in anderen Rechtsgebieten anerkannt ist, im Beamtenrecht kein Gültigkeit mehr haben soll. Auch im Sozialrecht durfte z.B. nach der Nichtigerklärung der §§ 45 V S.1 BVG a.F. und 44 II AVG a.F. der Anspruch auf Waisenrente beim Tod der Mutter unabhängig von ihrer Unterhaltsleistung für die Familie nicht mit der Begründung versagt werden, es seien keine positivrechtlichen Regelungen vorhanden, sondern ihm musste in Anwendung der allgemeinen Vorschriften der §§ 45 I BVG und 44 I AVG stattgegeben werden. Im Familienrecht durfte nach der Nichtigerklärung der §§ 1628, 1629 I BGB ebenfalls nicht zugewartet werden, bis Ersatz geschaffen war, sondern sämtliche Rechtsgeschäfte, die die elterliche Gewalt über minderjährige Kinder betrafen, mussten nun im Hinblick auf das Gesamtvertretungsrecht beider Ehegatten gesehen werden. Entsprechendes muss auch für das Beamtenrecht gelten; zumindest darf jedoch Art.33 V GG nicht mehr im Sinne eines totalen Gesetzesvorbehalts verstanden werden. Denn der Widerspruch zu anderen Verfassungsgrundsätzen erscheint jedenfalls nach seiner bisherigen Interpretation nicht lösbar zu sein. Schon die Bindung von Gerichten und Verwaltung an Gesetz und Recht verbietet es, Ansprüche, die unter Verletzung des Gleichheitssatzes versagt worden waren, auch dann noch abzulehnen, nachdem das BVerfG die entsprechenden Vorschriften für verfassungswidrig erklärt hat und dadurch gleichsam den verfassungswidrigen Zustand weiterhin aufrechtzuerhalten. Die Grundrechte müssen auch im Beamtenrecht ihre Wirksamkeit entfalten (Art.1 III GG), wenn einzelne Vorschriften vom BVerfG für verfassungswidrig oder nichtig er-

1) hinsichtlich des 1. Änd.Ges. zum G 131 ist der Entscheidung des BVerfG (6/246 ff.) durch die 2.Novelle vom 11.9.1957 (BGBl.I/1296) Rechnung getragen worden, für § 19 I BWGÖD fehlt es noch an einer entsprechenden Regelung.

klärt werden. Wenn den bisher in verfassungswidriger Weise benachteiligten Beamtengruppen auch noch nach Entscheidung des BVerfG ihnen zustehende Versorgungsleistungen versagt bleiben, würden die abschlägigen Bescheide bzw. Gerichtsurteile die Grundrechte der Betroffenen, insbesondere dasjenige aus Art.3 GG verletzen und aufgehoben werden müssen¹⁾. Hinzukommt noch folgendes: Solche Ablehnungen von Versorgungsleistungen nach der Entscheidung des BVerfG würde ausser dem Grundrecht aus Art.3 GG auch dasjenige aus Art. 19 IV beeinträchtigen. Die Garantie des Rechtswegs gegen jeden Akt der öffentlichen Gewalt enthält für den Betroffenen die selbstverständliche Konsequenz, dass die Beschreitung des Rechtswegs auch Erfolg haben, d.h. zu einem Ergebnis entweder stattgebender oder ablehnender Art führen kann.

Die Ansicht des BVerfG und des BVerwG macht jedoch einen solchen Erfolg des Rechtswegs illusorisch. Legt der betroffene Beamte vor Entscheidung des BVerfG Rechtsmittel gegen eine für verfassungswidrig gehaltene Versagung von bestimmten Versorgungsleistungen ein, so kann er damit keinen Erfolg haben, da die betreffende Norm noch nicht für verfassungswidrig erklärt worden ist. Das zuständige Gericht müsste dem Beamten aber weiter mitteilen, dass er selbst dann nicht Erfolg haben könne, wenn sein Anspruch materiell gerechtfertigt sei. Denn würde die fragliche Norm tatsächlich für nichtig erklärt werden, sei erst recht keine gesetzliche Grundlage vorhanden, nach der ihm die beanspruchten Versorgungsleistungen zugesprochen werden könnten. Mit hin kommt es gar nicht darauf an, ob der klagende Beamte einen Anspruch auf diese Leistungen hat oder nicht; er müsste in jedem Fall abgewiesen werden. Ein Erfolg der Rechtsweggarantie in dem Sinne, dass berechtigten Ansprüchen stattgegeben wird, unberechtigte dagegen zurückgewiesen werden, ist damit dem Betroffenen versperrt. Überhaupt hätte eine verfassungsgerichtliche Entscheidung über die strittige Vorschrift zunächst keine andere Wirkung als die, dass die Verpflichtung des Gesetzgebers zu einer anderweitigen Re-

1) vgl. BVerfG 12/180 ff. (199)

gelung ausgesprochen, das Wann und Wie der Regelung aber seinem Ermessen überlassen wird¹⁾. Insofern würde auch für das angerufene Gericht wohl kaum Anlass bestehen, das BVerfG gem. Art. 100 I GG anzurufen, da der Betroffene mit seinen Ansprüchen ja auf jeden Fall abgewiesen werden müsste, es also auf die Gültigkeit der Vorschrift "bei der Entscheidung" nicht mehr ankommt.

Selbst wenn man aber der Ansicht des BVerfG und des BVerwG folgt, müsste zumindest eine angemessene Frist angenommen werden, innerhalb derer mit gesetzlichen Neuregelungen zu rechnen ist. Es erscheint mit einer "an der Gerechtigkeit orientierten Betrachtungsweise" unvereinbar, die von den verfassungswidrigen Vorschriften Betroffenen auf unabsehbar lange Zeit von den ihnen von Rechts wegen zustehenden Leistungen auszuschliessen. Nach Ablauf einer angemessenen Frist müsste es deshalb -falls der Gesetzgeber keinen Ersatz geschaffen hat- zulässig sein, dass Verwaltung bzw. Gerichte in unmittelbarer Anwendung der Art. 3, 33 i.V.m. 1 III GG und in verfassungskonformer Interpretation der verbleibenden versorgungsrechtlichen Regelungen den Betroffenen die ihnen bisher in verfassungswidriger Weise vor- enthaltenen Versorgungsleistungen zusprechen. Soweit es sich ~~um~~ den Personenkreis nach dem G 131 handelt, kann ausserdem die Regelung des § 78 G 131 als Richtschnur und Masstab herangezogen werden, nach der der Auftrag zur Verwirklichung des Gleichheitssatzes in der Forderung enthalten ist, "die versorgungsrechtlichen Regelungen an das BBG anzupassen."

2) Beamtenbeförderungssrecht

Hier ist zu untersuchen, ob und in welcher Weise der für nichtig erklärte Beförderungsschnitt des § 110 BBG Auswirkungen auf die Festsetzung der Ruhegehälter der Bundesbeamten (§ 107 BBG) hat. Genauer ausgedrückt geht es darum, ob die Pensionsfestsetzungsbescheide derjenigen Beamten, die auf je sechs Dienstjahre mehr als eine Beförderung aufzuweisen hatten, rückwirkend geändert und den Adressaten

1) BVerfG 8/1 ff., 28

die entsprechenden Mehrbeträge nachgezahlt werden mussten. Das hängt wiederum von der Frage ab, ob § 79 II BVerfGG auf diese Fälle angewendet werden kann; bejahendenfalls wäre eine solche Änderung nur bei den Bescheiden möglich, die zur Zeit der Nichtigserklärung des § 110 BBG, also am 14.6.1960 noch nicht formell bestandskräftig gewesen waren.

Dabei kommt es nur auf die Frage an, ob der Begriff der "Unanfechtbarkeit" i.S. des § 79 II BVerfGG auch für beamtenrechtliche Pensionsfestsetzungsbescheide Gültigkeit haben kann; die übrigen Voraussetzungen sind jedenfalls erfüllt, da solche Massnahmen sich nicht auf die blosse Stellung des Beamten als "Amtsträger", also auf den rein innerdienstlichen Bereich, sondern auf den Beamten als eine dem Dienstherrn "mit selbständigen Rechten gegenüberstehende Persönlichkeit" beziehen¹⁾, und somit "Entscheidungen" i.S. des § 79 II BVerfGG, d.h. Verwaltungsakte sind. Da Beförderungen bei der Errechnung des Ruhegehalts nur als rechnerischer Faktor für die Höhe der Dienstbezüge in Erscheinung treten, können hier auch Erörterungen über Wesen und Bedeutung der Beförderung im Beamtenrecht ausser Betracht bleiben²⁾. Ist nun die Regelung des § 79 II BVerfGG auf Verwaltungsakte des Beamtenrechts zugeschnitten? Ist die Praxis danach verfahren?

Das BVerwG hat in neuerer Zeit³⁾ gerade im Zusammenhang mit Pensionsfestsetzungsbescheiden die Ansicht vertreten, dass sich die Bestandswirkung unanfechtbarer Verwaltungsakte nicht einheitlich für alle Rechtsgebiete und für alle Arten von Verwaltungsakten beurteilen lasse. Pensionsfestsetzungsbescheide könnten z.B. trotz formeller Bestandskraft dann noch nachträglich abgeändert werden, wenn sich inzwischen eine Änderung der Sach- oder Rechtslage ergeben habe.

- 1) BVerwG G 14/84 ff. und MDR 64/947; vgl. auch BVerwG DOV 64/630
- 2) hierzu RGZ 146/369, BGH NJW 56/1400 und ZBR 55/51, BVerwG DVBl.62/523 und DOV 64/630, VGH Kassel DVBl.60/328, OVG Münster DVBl.59/1753, OVG Hambg. DVBl.59/256, BayVGh ZBR 53/188 und DVBl.55/130, Fischbach Einl. 41, B I vor § 11, § 23, I, 1-2, Bochalli, § 23 1,2
- 3) BVerwG MDR a.a.O., vgl. auch DVBl.60/728 und DOV 60/389

In diesem Fall könne der Betroffene seinen Anspruch auf erneute Sachentscheidung mit der verwaltungsgerichtlichen Klage verfolgen, falls die Behörde seinem Antrag auf Abänderung des Bescheids nicht entspreche. Dies muss aber auch dann gelten, wenn nach Ablauf der Rechtsmittelfristen die rechtlichen Grundlagen, auf die sich der Pensionsfestsetzungsbescheid stützte, durch die Entscheidung des BVerfG ex tunc weggefallen sind. Zwar hat sich § 79 II BVerfGG für die Aufrechterhaltung formell bestandskräftiger Entscheidungen ausgesprochen. Aber es wäre ein merkwürdiges Ergebnis, wenn, wie das BVerwG meint, eine Änderung der für die Entscheidung massgebenden rechtlichen Gesichtspunkte eine nachträgliche Änderung des Bescheids berechtigen würde, während der völlige Wegfall einer verfassungswidrigen Rechtsgrundlage an der Bestandskraft des betreffenden Bescheids nichts ändern könnte, d.h. zu seiner Aufrechterhaltung führen würde. Demnach können auch die auf § 110 BBG beruhenden Verwaltungsakte trotz formeller Bestandskraft nicht als endgültig unabänderbar angesehen werden; nach der Nichtigerklärung des § 110 mussten vielmehr die Bescheide der Versorgungsempfänger nach Abschnitt V und § 180 BBG in der Weise abgeändert werden, dass der Berechnung des Ruhegehalts nunmehr die tatsächliche Anzahl der Beförderungen zugrunde zu legen war. Eine solche Änderung wäre notfalls im Klageweg erzwingbar. Ähnlich ist auch die Verwaltungspraxis verfahren, jedoch mit einer Einschränkung:

Nach einem Rundschreiben des Bundesministers des Inneren vom 3.8.1960¹⁾ wurde zwar prinzipiell die Geltung des § 79 II BVerfGG nach der Nichtigerklärung des § 110 BBG anerkannt; Verwaltungsakte mit Dauerwirkung sollten aber entsprechend dem Sinn und Zweck des § 79 II BVerfGG trotz formeller Bestandskraft für die Zukunft der neuen Rechtslage angepasst werden. Um solche Verwaltungsakte mit Dauerwirkung handelt es sich aber bei den versorgungsrechtlichen Bescheiden aufgrund der §§ 107 ff. BBG. Eine Berücksichti-

1) Aktenzeichen - II B 4 - 25 211 - 5056/60

gung der tatsächlichen Anzahl der Beförderungen und damit eine Erhöhung der Ruhegehaltsbezüge für die Versorgungsempfänger nach Abschnitt V und § 180 BBG ist demnach wenigstens für die Zukunft vorgenommen worden. Bei einer unmittelbaren Anwendung des § 79 II BVerfGG wäre -bei unanfechtbaren Bescheiden- nicht einmal das möglich gewesen.

Für die Versorgungsempfänger nach dem G 131 gilt allerdings eine Ausnahme. In seiner Entscheidung zu § 110 BBG hat das BVerfG ausdrücklich festgestellt, dass der Beförderungsschnitt für das G 131 weiterhin seine Gültigkeit bewahre, da ihm für diesen Bereich "selbständige Bedeutung" zukomme¹⁾; diese Ansicht ist im Schrifttum vereinzelt auf Kritik gestossen²⁾. Tatsächlich ist zu beachten, dass das G 131 nicht ein von dem BB völlig losgelöstes Rechtsgebiet ist; § 78 G 131 beweist die Verwandtschaft der beiden Gebiete durch die Forderung, "...die versorgungsrechtlichen Regelungen an das BBG anzupassen." Ausserdem dürfte schwer eine Begründung dafür zu geben sein, warum von dem Grundsatz der absoluten Nichtigkeit einer verfassungswidrigen Norm abgewichen werden soll, indem die Norm für ein Rechtsgebiet als ungültig, für ein anderes dagegen weiterhin als gültig angesehen wird. Weiterhin wäre zu prüfen, ob hierin nicht ein Verstoss gegen § 31 BVerfGG liegen würde. Die 3. Novelle zum G 131 im Jahre 1961³⁾ hat bestätigt, dass der Beförderungsschnitt des § 110 BBG a.F. auch für das G 131 nicht mehr in vollem Umfang aufrechterhalten wird und dass eine Annäherung an die im BBG herrschende Rechtslage vorgenommen worden ist⁴⁾.

1) Bd.11/203 ff. (216 ff.); so schon BVerwG ZBR 57/363, später auch Hess.VGH ZBR 61/29; Ule (122) und Grabendorff (287) halten den Beförderungsschnitt insgesamt wegen Verletzung des Art.33 V GG für verfassungswidrig; a.A. Kallabis ZBR 58/117

2) Grabendorff a.a.O.

3) BGBl. I/557

4) Beförderungen zwischen 1933 und 1945 werden nach dieser Novelle berücksichtigt, soweit sie der regelmässigen Dienstlaufbahn entsprechen und je Beförderung seit der Anstellung 6 Dienstjahre verstrichen sind. Hinzugerechnet werden können bis zu zwei weitere Beförderungen (hierzu näher Bresky 180 ff., 185)

3) Zusammenfassung

a) Verstösst eine Norm gegen die Verfassung, so muss sie zwingend für nichtig erklärt werden, falls sie zur Entscheidung des BVerfG gelangt. Dies muss auch dann gelten, wenn es sich bei der verfassungswidrigen Norm um ein Unterlassen des Gesetzgebers handelt, durch die z.B. bestimmte Personengruppen von staatlichen Leistungen ausgeschlossen werden.

b) Eine Ablehnung von entsprechenden Ansprüchen der zu Unrecht benachteiligten Personen auch noch nach Nichtig-erklärung der betreffenden verfassungswidrigen Norm würde eine Perpetuierung des vom BVerfG festgestellten Verfassungsverstosses (durch Unterlassen) des Gesetzgebers darstellen. Der Gesetzesvorbehalt des Art.33 V GG hinsichtlich der beamtenrechtlichen Versorgungsvorschriften kann kein "totaler" sein; er muss da weichen, wo er selbst zu verfassungswidrigen Ergebnissen, insbesondere zu einem Verstoß gegen das Gebot der unmittelbaren Anwendung der Grundrechte (Art.1 III i.V.m. 3 I und 19 IV GG) und der verfassungskonformen Interpretation der nach der Entscheidung des BVerfG verbleibenden Gesetzesvorschriften führen würde (Art.20 III GG i.V.m. § 31 BVerfGG). Zumindest muss eine angemessene Frist anerkannt werden, nach deren Ablauf -falls keine gesetzliche Neuregelung ergangen ist- die Berechtigten ihre Ansprüche geltend machen können. Auch hinsichtlich der Vergangenheit sind entsprechende Nachzahlungen zu gewähren. § 79 II BVerfGG kann keine Anwendung finden.

c) § 79 II BVerfGG kann auch nicht auf die auf § 110 BBG beruhenden Verwaltungsakte angewendet werden. Sie müssen, da sie Dauerwirkung haben, unabhängig von ihrer Bestandskraft durch Abänderung der neuen Rechtslage angepasst werden, indem nunmehr die tatsächliche Anzahl der Beförderungen den beamtenrechtlichen Pensionsfestsetzungsbescheiden zugrundegelegt werden muss.

Fünfter Abschnitt: G e r i c h t s b a r k e i t

Auf dem Gebiet des Gerichtsverfassungsrechts, dessen Prinzipien in Art.92, 97 und 101 I GG normiert sind, mussten einige Vorschriften bzw. ein ganzes Gesetz für nichtig erklärt werden, weil den durch sie eingerichteten Gremien in verfassungswidriger Weise richterliche Funktionen zuerkannt worden waren. Es handelte sich dabei um eine Vorschrift des Soforthilfegesetzes, um das Gesetz über die württemberg-badische Friedensgerichtsbarkeit und um das baden-württembergische Gesetz über die Gemeindegerichtsbarkeit.

I) Die Entscheidungen des BVerfG

1) § 69 II des Soforthilfegesetzes

Dieses Gesetz vom 8.8.1949¹⁾ stellte eine Art vorläufigen Lastenausgleich dar, indem es kriegsgeschädigten Personen gewisse Ausbildungs-, Aufbau- und Hausratshilfen gewährte. Über die Anträge auf Soforthilfe entschieden die Soforthilfeausschüsse durch Beschluss und auf Weisung des Präsidenten des Hauptamtes für Soforthilfe. Gegen ihre Entscheidung war der Rechtsweg zu den Beschwerdeausschüssen eröffnet, die den Beschluss in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu überprüfen hatten. Die Beschlüsse der Beschwerdeausschüsse konnten dann unter bestimmten Voraussetzungen bei einem Spruchsenat angefochten werden, der aber nur als Revisionsinstanz tätig war. Die Beschwerdeausschüsse setzten sich aus dem Leiter des Landesamtes für Soforthilfe als Vorsitzenden und aus zwei vom Landesparlament gewählten Beisitzern zusammen. Das Verfahren war nicht umfassend geregelt; im allgemeinen wurden jedoch die Bestimmungen des Verwaltungsprozessrechts angewendet. Der die richterliche Funktion von Beschwerdeausschüssen und Spruchsenat konsti-

1) WiGBI. 205 ff.

tuierende § 69 II lautete:

"Der Beschwerdeausschuss und der Spruchsenat entscheiden als Verwaltungsgerichte; ihre Mitglieder sind daher als solche unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen."

Das BVerfG hat jedoch festgestellt¹⁾, dass diese Gremien keineswegs als unabhängige Gerichte i.S. des Art.97 GG bezeichnet werden könnten. Ein Gericht müsse aus berufsrichterlichen, hauptamtlich und planmässig angestellten Mitgliedern bestehen²⁾. Die Hinzuziehung von Richtern auf Probe oder Widerruf sei nur in Ausnahmefällen zulässig. Im vorliegenden Fall bestehe das "Gericht" sogar lediglich aus Verwaltungsbeamten, die die gleiche Materie einmal weisungsgebunden und einmal als Richter zu bearbeiten hätten³⁾. Der Vorsitzende des Beschwerdeausschusses sei nämlich der Dienstaufsicht des Leiters des Hauptamtes für Soforthilfe unterworfen, der gleichzeitig auch Vorsitzender des Soforthilfeausschusses sei. Es könne deshalb nicht mehr angenommen werden, dass die Beschwerdeausschüsse unabhängige richterliche Entscheidungen zu treffen in der Lage seien. Eine Verwaltungsstelle sei nicht dadurch in ein Gericht umwandelbar, dass man sie mit einem unbeteiligten Beamten besetze und ihre Entscheidungsfreiheit faktisch gewährleiste⁴⁾.

Ausser mit Art.97 GG sei § 69 II auch noch mit Art.19 IV GG unvereinbar, da er den Betroffenen den Rechtsweg gegen Verwaltungsakte abschneide; deshalb müsse er in vollem Umfang für nichtig erklärt werden.

2) Das württemberg-badische Gesetz über die Friedensgerichtsbarkeit

Auch dieses Gesetz vom 29.3.1949⁵⁾ hatte die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten in die Hände von Gremien gelegt, die den an ein unabhängiges Gericht zu stellenden Anforderungen nicht genügten.

Sog. "Friedensgerichte" waren für erstinstanzliche Zivilsachen "von geringer Bedeutung", d.h. mit einem Streitwert

1) Bd. 4/331 ff. 2) a.a.O. Leits.3 3) a.a.O. 352
4) a.a.O. 343, 348, 351 5) Reg.Bl. 47

unter 150 DM, und für Übertretungen, die auf der Gemeindegemarkung begangen wurden und die an sich zur Zuständigkeit der AG gehörten¹⁾, geschaffen worden. Sie waren bei den Gemeinden gebildet und setzten sich in der Regel aus dem Bürgermeister als Vorsitzendem und aus vom Gemeinderat gewählten Beisitzern zusammen²⁾. Diese Friedensgerichtsbarkeit erstreckte sich auf das Gebiet des früheren Landes Württemberg-Baden³⁾.

In einer Entscheidung, die in einer breiteren Öffentlichkeit Aufsehen erregt hat, ist die gesamte Einrichtung der Friedensgerichtsbarkeit für verfassungswidrig erklärt worden⁴⁾. Allerdings ist dies erst 10 Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes geschehen.

Das BVerfG hat hier im wesentlichen dieselbe Begründung wie zur Nichtigerklärung des § 69 II Soforthilfegesetz gegeben: alle Gerichte müssten ohne Ausnahme den Erfordernissen der Art. 92, 97, 101 I GG entsprechen; dies gelte auch für vorkonstitutionelle Gerichte. Die personelle Bindung der Friedensgerichte an die Gemeindeverwaltung verstosse erstens gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung und verletze ausserdem das Recht der Bürger auf den gesetzlichen Richter⁵⁾. Besonders deutlich werde dies auf dem Gebiet der strafrechtlichen Übertretungen, weil der Bürgermeister hier auch als Einzelrichter fungieren könne, während er gleichzeitig in seiner Eigenschaft als Ortspolizeibehörde (§§ 49 I Nr. 4, 50 IV PolG) an einer möglichst umfassenden Ahndung sämtlicher Bagatelldelikte interessiert sei. Da die Durchbrechung des Grundsatzes der Gewaltenteilung Grundlage und Kern des Gesetzes bilde, müsse es als ganzes für nichtig erklärt werden⁶⁾.

- 1) ausserdem der Sühneversuch im Privatklageverfahren gem. § 374 Nr. 1-8 StPO
- 2) auf Beschluss des Gemeinderats konnte ein Gemeindebeamter -in der Regel der Bürgermeister- auch zum Einzelriedensrichter bestellt werden.
- 3) gesetzliche Grundlage bildete der inzwischen wieder aufgehobene § 13 a GVG
- 4) Entsch. vom 17.11.1959, Bd.10/200 ff.
- 5) a.a.O. 218
- 6) a.a.O. 220

3) § 11 I Satz 2 des Gesetzes über die baden-
württembergische Gemeindegerichtsbarkeit

Dieses Gesetz¹⁾ hatte -ähnlich wie das Friedensgerichts-
gesetz- Bagatellstreitigkeiten mit einem Streitwert bis zu
100 DM gemeindlichen Laienrichtern zur Schlichtung bzw.
zur Entscheidung übertragen.

Das BVerfG hatte zunächst ausdrücklich erklärt,²⁾ dass
dieser Versuch, an die alten kommunalen Rechtsprechungs-
befugnisse wieder anzuknüpfen, mit der Verfassung in Ein-
klang stehe. Verfassungsrechtliche Bedenken kämen nur
wegen der Regelung des § 11 I Satz 2 auf, wonach das Rich-
teramt von Gemeinderichtern, die gleichzeitig Gemeindebe-
amte seien, automatisch mit ihrem Ausscheiden aus dem Ge-
meindedienst ende. Diese Koppelung von Richteramt und Be-
amtentum, führte das BVerfG aus, berge die Gefahr einer
Einflussnahme der Gemeindeverwaltung auf die Dauer des
Richteramtes in sich; die Unabhängigkeit der Gemeinderich-
ter sei damit nicht mehr in vollem Umfang gewährleistet.
§ 11 I Satz 2 sei deshalb mit Art. 97 II GG unvereinbar
und nichtig.

Die Gültigkeit der übrigen Bestimmungen des Gemeindege-
richtsgesetzes ist dagegen ausdrücklich bestätigt worden:
ihr Sinn werde -anders als bei dem Gesetz über die Frie-
densgerichtsbarkeit- durch das Fehlen des verfassungs-
widrigen § 11 I Satz 2 nicht verändert und bleibe auch
ohne ihn praktikabel³⁾.

II) Die Folgen der Entscheidungen

Nach der oben erwähnten Nichtigerklärung von Normen ge-
richtsverfassungsrechtlicher Art erhebt sich die Frage,
was mit den Urteilen der durch diese Normen konstituierten

1) vom 7.3.1960, GBl. 73

2) Entsch. vom 9.5.1962, Bd. 14/56 ff.

3) a.a.O. 72

"Gerichte" geschehen soll¹⁾; hierbei gibt es zwei Möglichkeiten: entweder dürfen solche Urteile ebensowenig als Urteile im Rechtssinne bezeichnet werden, wie man den Beschwerdeausschüssen nach dem Soforthilfegesetz oder den Friedensgerichten Gerichtseigenschaft i.S. des GG zuerkennt; oder man anerkennt, dass die Urteile, obwohl von Nichtgerichten erlassen, dennoch eine gewisse rechtliche Wirksamkeit entfalten; in letzterem Fall ist dann noch zu prüfen, ob für unanfechtbare Urteile § 79 I BVerfGG Anwendung finden kann.

1) Die "Urteile" der verfassungswidrigen Gerichte

Geht man von der Feststellung des BVerfG aus, dass die durch die nichtigen Regelungen konstituierten "Gerichte" nicht als unabhängige Gerichte i.S. des GG anerkannt werden könnten, müsste konsequenterweise angenommen werden, dass diese Instanzen, diese Nichtgerichte, auch keine rechtsgültigen Urteile erlassen konnten. Dieser Schluss ist aber bisher nur vereinzelt gezogen worden²⁾.

Die Rechtsprechung hat fast einhellig die Urteile der Friedensgerichte nicht als nichtig, sondern als rechtlich wirksam angesehen³⁾. Hierbei ist nicht erst auf Arten und Wesen von Urteilen, sondern unmittelbar auf die Funktion der entscheidenden Instanz -hier also der Friedensgerichte- selbst zurückgegriffen worden. Das BVerfG hat dies z.B. in der Weise ausgedrückt⁴⁾, dass die Friedensgerichte trotz ihrer Verfassungswidrigkeit um des Rechtsfriedens und der Rechtssicherheit willen doch noch rechtliche Bedeutung haben müssten, nachdem sie nun 10 Jahre hindurch bestanden hätten. Auch die Urteile der Friedensgerichte seien deshalb

- 1) Das Hauptinteresse beanspruchen naturgemäss die Urteile der württ.-bad. Friedensgerichte; eine Erörterung ihrer zivilgerichtlichen Urteile sowie der Urteile der Gemeinderichte können hier ausser Betracht bleiben, da sich die Arbeit auf das öffentliche Recht beschränken soll.
- 2) LG Ulm NJW 60/1313; Jauernig a.a.O.
- 3) OLG Stgt. NJW 60/1312, LG Stgt. a.a.O. 927, LG Heidelberg a.a.O. 917, 929, LG Mannheim a.a.O. 917, 929
- 4) Bd. 11/61 ff.(63)

keine Nichturteile, sondern rechtlich existent. Sie hätten viel Ähnlichkeit mit sonstigen strafgerichtlichen Urteilen; sie seien in einem förmlichen Verfahren ergangen, gegen sie sei der Rechtsweg zu den bei den AG eingerichteten Friedensobergerichten gegeben gewesen. Damit wird letztlich ausgesprochen, dass die Urteile der Friedensgerichte als voll wirksame Strafurteile behandelt werden müssen¹⁾. Auch der überwiegende Teil des Schrifttums²⁾ folgt dieser Auffassung.

Nur Jauernig³⁾ wendet sich gegen die h.M., es gebe Gerichte und wirksame Gerichtsurteile kraft Rechtsscheins. Die Friedensgerichte seien überhaupt keine Gerichte gewesen, ihre Urteile könnten deshalb weder volle Gültigkeit noch den Schein der Gültigkeit für sich beanspruchen.

Für diese Ansicht spricht zunächst einmal, dass sie konsequenter die Folgerungen aus der Entscheidung des BVerfG zieht als die h.M. Letztere hält zwar formal an der Verfassungswidrigkeit der Friedensgerichte fest, kommt aber auf dem Umweg über das Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Rechtsfrieden dann doch zu dem -wenn auch nur vage formulierten- Ergebnis, dass sowohl ihnen als auch den entsprechenden Urteilen volle Wirksamkeit zuzuerkennen sei. Ausserdem erscheint es nicht ohne weiteres einleuchtend, die Rechtsscheintheorie, die an sich ihren Platz in der Lehre vom fehlerhaften Staatsakt hat, auch auf die Frage anzuwenden, ob aufgrund verfassungswidriger Organisationsnormen eingerichtete Staatsorgane rechtliche Existenz in dem ursprünglich vorgesehenen Sinne beanspruchen können. Noch zweifelhafter wird die Frage, wenn man -wie es die h.M. tut- praktisch die Ansicht vertritt, dass ein blosser Rechtsschein (Existenz der Friedensgerichte) rechtswirksame und rechtsbeständige Wirkungen (Urteile der Friedensgerichte) zeitigt; das Landgericht Ulm⁴⁾ hat es z.B. aus diesem Grunde

1) Das LG Stgt. NJW 60/929 meint allerdings, dieser Rechtsschein der Gültigkeit sei mit Ablauf des Jahres, in dem die Entsch. des BVerfG ergangen sei, weggefallen;

2) Kern 246,; Hoegen a.a.O.; Reiff a.a.O.

3) a.a.O.

4) a.a.O.

abgelehnt, den Friedensgerichten die Eigenschaften eines Gerichts, nicht einmal die eines "Scheingerichts" zuzuerkennen.

Ausserdem zeigt ein Blick auf die Entscheidung des BVerfG zu § 69 II Soforthilfegesetz, dass auch die Friedensgerichte eigentlich schon von ihrer Zusammensetzung her nicht mehr als Gerichte, sondern als Verwaltungsbehörden angesehen werden müssten¹⁾.

Die praktischen Schwierigkeiten dieser Lösung sind jedoch kaum zu überwinden. Jauernig meint zwar²⁾, die Urteile der Friedensgerichte trügen, da sie rechtlich ja unwirksam seien, überhaupt keinen Strafcharakter; bereits bezahlte Geldstrafen könnten zwar zurückgefordert werden, noch ausstehende Strafen dürften nicht mehr vollstreckt werden. Das Landgericht Ulm³⁾ ist der Ansicht, dass man nur von Fall zu Fall prüfen könne, inwieweit friedensgerichtlichen Entscheidungen Rechtsbeständigkeit zuzuerkennen sei. Das aber würde für die Betroffenen eine unzumutbare Rechtsunsicherheit mit sich bringen, da nicht mehr vorhersehbar sein würde, ob die fraglichen Strafurteile oder -verfügungen Bestand haben oder nicht. Praktisch unmöglich wäre es auch, sämtliche bisher ergangene Entscheidungen der Friedensgerichte wiederaufzurollen; sämtliche Eintragungen im Strafregister und der Verkehrssünderkartei

1) In Bd.4/331 ff.(351) hatte das BVerfG ausgeführt, dass infolge der Nichtigkeitsklärung des § 69 II Soforthilfegesetz die Beschwerdeausschüsse keine Gerichte i.S.des GG gewesen seien. Eine Verwaltungsbehörde könne nicht dadurch zu einem Gericht gemacht werden, dass man faktisch ihre Unabhängigkeit gewährleiste. Der Fall lag bei den Friedensgerichten ganz ähnlich. Auch hier handelte es sich im Grunde genommen um Gremien mit behördlichem Einschlag. Der Bürgermeister als Vorsitzender des Friedensgerichts war ebenso wie der Vorsitzende des Beschwerdeausschusses Beamter (§ 42 II und VII GemO); auch er hatte in dieser Eigenschaft (§§ 50 IV, 54, 56 PolG) über dieselben Fälle wie als Friedensrichter zu entscheiden (§ 5 d.G. über die Friedensgerichtsbarkeit); hinsichtlich seiner Funktion als Beamter war er ebenso wie die zuständigen Beamten im Soforthilfeverfahren weisungsgebunden (vgl. BVerfG a.a.O. 348) und der Dienstaufsicht der übergeordneten Behörde unterworfen (§§ 51 I Nr. 3 und 53 PolG). Die Beisitzer waren in beiden Fällen von parlamentarischen Gremien (Landesparlament-Gemeindeparlament) gewählt.

müssten als nicht erfolgt gelten, also gelöscht, alle Geldstrafen zurückerstattet und Entschädigung für verbüsste Haftstrafen geleistet werden.

Aus Gründen der Praktikabilität ist deshalb der h.M. insoweit zu folgen, als die Entscheidungen der Friedensgerichte nach dem Spruch des BVerfG nicht von vornherein völlig wegfallen können; nachdem die Friedensgerichte zehn Jahre lang unangefochten tätig waren, muss ihren Urteilen wohl oder übel eine gewisse Wirksamkeit zuerkannt werden, selbst wenn dabei die oben erwähnten Bedenken und Widersprüchlichkeiten aufrechterhalten bleiben.

Mit der Feststellung, dass den Urteilen der Friedensgerichte eine gewisse rechtliche Bedeutung zuerkannt werden muss, ist jedoch noch nicht viel gewonnen. Es ist jetzt weiter zu untersuchen, wie sich ihr Schicksal im einzelnen gestaltet, ob sie als endgültig wirksame Strafurteile angesehen werden müssen oder ob sie noch abgeändert werden können; es geht dabei um die Frage, ob § 79 I BVerfGG anzuwenden ist¹⁾.

2) Anwendbarkeit des § 79 BVerfGG

Anerkennt man die Wirksamkeit von Urteilen der Friedensgerichte, so ergibt sich zunächst einmal für Verfahren, die zur Zeit der Entscheidung des BVerfG anhängig waren, dass sie von den jetzt wieder zuständigen Amtsgerichten (§§ 24, 25 GVG) fortgeführt werden müssen und dass gegen noch nicht rechtskräftige Urteile die allgemeinen Rechtsmittel der StPO zulässig sind.

2) a.a.O.

3) a.a.O.

1) hinsichtlich der Entscheidungen der Beschwerdeausschüsse aufgrund des § 69 II Soforthilfegesetz kommt dagegen eine Anwendung des § 79 II BVerfGG in Betracht. Das BVerfG hatte nämlich in Bd. 4/351 die Beschwerdeausschüsse selbst als Verwaltungsbehörden bezeichnet; ihre "Urteile" als Verwaltungsakte zu kennzeichnen, steht daher nichts im Wege (vgl. § 140 BGB). Hierzu näher Knoll a.a.O. (vgl. auch Anm. 9 auf S. 358)

Hinsichtlich rechtskräftiger Urteile ist die Rechtsprechung schwankend. Das BVerfG war zunächst der Ansicht¹⁾, dass Verfassungsbeschwerden zulässig seien und zur Aufhebung der Urteile führen müssten (§ 95 II BVerfGG). Es gehe nämlich nicht an, die Beschwerdeführer auf den noch "in vieler Hinsicht ungeklärten" § 79 I BVerfGG, d.h. auf eine Wiederaufnahme des Verfahrens "entsprechend" den §§ 359 ff. StPO zu verweisen. Einige Monate später kam das BVerfG, trotzdem es eine Anwendung des § 79 I BVerfGG weiterhin ablehnte, zum entgegengesetzten Ergebnis²⁾: eine Wiederaufnahme von Strafurteilen mit verfassungswidriger Grundlage sei nur möglich, wenn es sich um Normen des materiellen Strafrechts, nicht aber wenn es sich um Vorschriften des Gerichtsverfassungs- oder Verfahrensrechts handle. Eine andere Auslegung würde dem "Sinn" des § 79 I BVerfGG -den das BVerfG vor kurzem noch als "in vieler Hinsicht ungeklärt" bezeichnet hatte- widersprechen. Deshalb wurden nun einige Verfassungsbeschwerden, die sich gegen die Ablehnung einer Wiederaufnahme durch die Berufungsinstantz richteten³⁾, als unzulässig verworfen; eine Grundrechtsverletzung könne dann nicht geltend gemacht werden, wenn der Staatsakt, gegen den sich die Verfassungsbeschwerde richte, selbst rechtmässig gewesen sei⁴⁾: im vorliegenden Fall hätte das Landgericht zu Recht eine Wiederaufnahme abgelehnt, da es hierfür nach dem Wegfall der Friedensgerichte keine zuständige Instanz mehr gebe (§ 367 StPO).

Von der Sicht der Betroffenen her ergibt sich aufgrund dieser Auffassung des BVerfG das widersprüchliche Ergebnis, dass diejenigen, die zunächst das Risiko einer Wiederaufnahme nach dem noch "ungeklärten" § 79 I BVerfGG auf sich genommen hatten, mit ihren Verfassungsbeschwerden abgewiesen wurden, während jene, die gegen ihre Verurteilung gleich Verfassungsbeschwerde eingelegt hatten, zum Erfolg kamen, d.h. eine Aufhebung des Urteils (§ 95 II BVerfGG) erreichten. Eine solch unterschiedliche Behand-

1) Bd.11/61 ff.(63) und 136 ff.

2) Bd.11/263 ff.

3) LG Stuttgart NJW 60/927

4) a.a.O. 264

lung von Verfassungsbeschwerden erscheint jedoch nicht gerechtfertigt; wenn das BVerfG selbst anerkennt, dass § 79 I BVerfGG noch in vieler Hinsicht einer Klärung bedarf, müssten doch alle die, die in Unkenntnis der Rechtslage zunächst Wiederaufnahme beantragt hatten, umso mehr Schutz über § 90 BVerfGG genießen¹⁾. Die Ansicht des BVerfG wird noch deutlicher, wenn man sich die Frage der nach dem Wegfall der Friedensgerichte zuständigen Instanzen vergegenwärtigt. Während in den beiden ersten genannten Entscheidungen noch die Auffassung vertreten wurde, die Zuständigkeit der Amtsgerichte sei nunmehr für Übertretungssachen wiederaufgelebt und sie hätten nach Aufhebung des Urteils gem. § 95 II BVerfGG neu zu entscheiden, ist in der letztgenannten Entscheidung plötzlich -ohne Begründung- festgestellt worden, dass die Friedensgerichte ersatzlos weggefallen seien und dass es deshalb auch an einem zuständigen Gericht, das über einen Wiederaufnahmeantrag nach § 79 I BVerfGG entscheiden könne, fehle; denn dies sei gem. § 367 StPO an sich Sache des iudex a quo.

Diese Ansicht lässt sich wohl nur vom Ergebnis her erklären. Mit seiner Ablehnung des § 79 I BVerfGG für Fälle verfassungswidriger formellrechtlicher Normen wollte das BVerfG offenbar vermeiden, dass die Amtsgerichte durch eine Flut von Wiederaufnahmeanträgen allzusehr in Anspruch genommen würden; ausserdem wird die Befürchtung mitbestimmend gewesen sein, das BVerfG selbst könnte durch die Einlegung von Verfassungsbeschwerden gegen die Wiederaufnahmeentscheidungen überlastet werden²⁾.

Von denselben Gesichtspunkten wie das BVerfG ist auch die Mehrzahl der Autoren ausgegangen³⁾; auch sie wollen eine Wiederaufnahme nach § 79 I BVerfGG nur bei nichtigen Normen des materiellen Strafrechts zulassen. Einige vertreten jedoch die Ansicht⁴⁾, es könne keinen Unterschied machen, ob

1) Reiff a.a.O. will in diesen Fällen wenigstens den Betroffenen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand analog §§ 44 ff. StPO gewähren

2) so auch Röhl a.a.O.:

3) Röhl a.a.O., Knoll a.a.O., Kern a.a.O.

4) Hoppner a.a.O., Hoegen a.a.O.

eine Norm des materiellen oder des formellen Strafrechts für nichtig erklärt worden sei.¹⁾

Tatsächlich muss man sich fragen, ob die oben angeführten Gesichtspunkte -Furcht vor Überlastung- die Unterscheidung der h.M. zwischen formellem und materiellem nichtigen Recht in § 79 I BVerfGG so ohne weiteres rechtfertigen können. Jedenfalls bieten Wortlaut und Entstehungsgeschichte des § 79 BVerfGG keine Anhaltspunkte dafür, dass der Ausdruck "Strafurteil... das auf einer für nichtig erklärten Norm beruht..." in Abs.I irgendwelche Einschränkungen erfahren sollte. Im Gegenteil zeigt das auch sonst im Prozessrecht verwendete Wort "beruhen" (§§ 338 StPO, 551 ZPO), dass es sich auf materielle und formelle Gesetzesverletzungen bezieht. Die Ansicht der h.M. hätte letztlich zur Folge, dass verfassungswidrigem formellem Recht eine höhere Bestandskraft als verfassungswidrigem materiellem Recht zuerkannt wird²⁾; das aber würde einen Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung sämtlicher Verfassungsverstöße³⁾, d.h. gegen das Verbot einer Unterscheidung zwischen formeller und materieller Verfassungswidrigkeit⁴⁾ bedeuten.

Nach Ansicht des BVerfG⁵⁾ ist eine Wiederaufnahme friedensgerichtlicher Strafurteile auch unter dem Gesichtspunkt der materiellen Gerechtigkeit ausgeschlossen. Die Betroffenen seien nicht unschuldig, sondern nur von Gerichten verurteilt worden, deren Konstituierung sich nachträglich als verfassungswidrig herausgestellt habe. Hätte man die Friedensgerichte gar nicht ins Leben gerufen, wären auf jeden Fall die Amtsgerichte zur Bestrafung von Übertretungen zuständig gewesen⁶⁾ und hätten die Täter verurteilt.

1) Für Jauernig (a.a.O. 1888 Anm.3) scheidet dagegen eine Anwendung des § 79 I BVerfGG von vornherein aus, da er den Urteilen der Friedensgerichte jede Rechtskraft abspricht. Auch eine Umdeutung in Verwaltungsakte, wie sie von Knoll (a.a.O.) im Fall des § 69 II Soforthilfegesetz vorgeschlagen wird, lehnt er ab;

2) Denn nur letzteres kann dann zu einer nachträglichen Abänderung der Entscheidung führen.

3) BVerfG 6/32 ff. (41)

4) vgl. hierzu Teil 1, 2. Abschnitt, Ziff. III

5) Bd. 11/263 ff.

6) vgl. §§ 24, 25 GVG

Dieser Schluss ist nicht zwingend. Man muss sich fragen, ob die Amtsgerichte wirklich mit Sicherheit in allen Fällen so wie die Friedensgerichte verfahren wären. Es ist durchaus nicht auszuschliessen, dass der Bürgermeister als Friedensrichter Bagatelldelikte bestraft hat -er hat ja als Ortspolizeibehörde ein Interesse an einer möglichst umfassenden Ahndung aller Übertretungen¹⁾- die von einem Amtsgericht u.U. eingestellt worden wären²⁾. Ebensowenig ist ausgeschlossen, dass die übrigen gemeindlichen Friedensrichter strafprozessuale Regeln übersehen, z.B. Verurteilungen trotz Mangels an Beweisen oder trotz nicht ausreichender Beweise ausgesprochen³⁾ oder dass eventuell Gesichtspunkte persönlicher oder sachlicher Interessen der Gemeinderichter bei der Entscheidung eine Rolle gespielt haben.

Gegen die Ansicht des BVerfG spricht aber noch ein schwerwiegenderer Einwand. Wenn es ausführt, die Verurteilten seien durch den Wegfall der Friedensgerichte nicht beschwert, da sie ohnehin, nur diesmal von den Amtsgerichten, verurteilt worden wären, so verstösst es damit gegen den Grundsatz, dass man nur dann von einer Schuld der Verurteilten sprechen kann, wenn sie von einem verfassungsmässigen Gericht festgestellt worden ist. Es gibt keine juristisch wägbare Schuld ohne Richterspruch. Entspricht das Gericht nicht den Erfordernissen der Rechtsstaatlichkeit (Art.97, 101 GG), so sind dessen Urteile zu Unrecht erfolgt; damit kann auch nicht mehr der Einwand des BVerfG, die Betroffenen seien materiell nicht unschuldig verurteilt, weil sie ohnehin von den Amtsgerichten bestraft worden wären, geltend gemacht werden. Denn der schwerste Mangel, der einem Urteil anhaften kann, ist dann gegeben, wenn überhaupt kein verfassungsmässiges Gericht, sondern ein Gremium "Recht" gesprochen hat, das sonst für Verwaltungsaufgaben bestimmt ist. Gerade aber dann, wenn Strafurteile nicht von unabhängigen Gerichten, sondern von Verwaltungsbehörden erlassen wurden, bedarf der einzelne des Schutzes des § 79 I

1) so BVerfG 10/200 ff.

2) wegen §§ 153, 153 a StPO

3) Reiff 1560

BVerfGG; man kann ihn nicht -wie oben S.162 erwähnt- von vornherein mit der Begründung verweigern, die Amtsgerichte hätten ohnehin die gleichen Verurteilungen wie die Friedensgerichte ausgesprochen. Ob dies der Fall ist, kann sich erst im Lauf der erneuerten Hauptverhandlung zeigen. Die Auffassung des BVerfG verstösst somit sowohl gegen den Grundsatz nulla poena sine lege -denn auch die Vorschriften über die Unabhängigkeit der Gerichte gehören zu den gesetzlichen Voraussetzungen einer Bestrafung- als auch gegen das Gebot der Gleichwertigkeit und Gleichbehandlung von formellen und materiellen Verfassungsverstössen.

Daraus folgt auch, dass die Existenz von Ersatzgerichten -hier der Amtsgerichte- bei der Frage der Zulässigkeit einer Wiederaufnahme nach § 79 I BVerfGG nicht entscheidend sein kann. Über die Bestrafung der in Frage kommenden, durch die Friedensgerichte geahndeten Übertretungen müssen die Amtsgerichte ohne Bindung an die vorherige friedensgerichtliche Entscheidung befinden¹⁾²⁾. Die dadurch vermehrte Belastung der Amtsgerichte muss im Interesse der Rechtsstaatlichkeit hingenommen oder Abhilfe geschaffen werden. Das BVerfG und mit ihm die h.M. haben nun einmal den friedensgerichtlichen Strafurteilen rechtliche Wirksamkeit zuerkannt; nun müssen sie auch wie sonstige, auf nichtigen Normen beruhende Strafurteile behandelt werden. Eine Ablehnung ihrer Wiederaufnahme würde zu dem mit rechtsstaatlichen Grundsätzen unvereinbaren Ergebnis führen, dass von Nichtgerichten erlassene "Strafurteile" als endgültig rechtsbeständig und damit auch als vollstreckbar angesehen werden. Deshalb geht es nicht an, die Friedensgerichte zwar formell für verfassungswidrig zu erklären, hinsichtlich der praktischen Auswirkungen aber so zu verfahren, wie wenn sie verfassungsmässig gewesen wären.

- 1) eine Wiederaufnahme hat selbstverständlich für den Betroffenen nur dann Erfolg, wenn die Bestrafung aufgehoben oder herabgesetzt wird. Aber die Chance einer Wiederaufnahme muss jedem Betroffenen offenstehen.
- 2) Zuständig für die Wiederaufnahme sind die AG (Hoegen, a.a.O., Reiff a.a.O., LG Heidelberg. a.a.O., BVerfG 11/61, 136). Ob eine Wiederaufnahme auch bei Strafverfügungen zulässig ist, ist str., aber wegen § 413 IV StPO wohl zu bejahen (vgl. auch 6.Abschn., II, 1 d).

3) Zusammenfassung

a) Die Rechtslage nach der Nichtigerklärung der württemberg-badischen Friedensgerichtsbarkeit ist in Rechtsprechung und Schrifttum noch umstritten.

b) Die Entscheidungen der Friedensgerichte können an sich nicht als voll wirksam angesehen werden, da hier keine unabhängigen Gerichte (Art. 97, 101 GG), sondern Verwaltungsstellen "Recht" gesprochen haben.

c) Wegen ihrer gerichtsähnlichen Organisation und aus Gründen der Rechtssicherheit und Praktikabilität muss ihnen trotzdem rechtliche Existenz zuerkannt werden.

d) Sie können jedoch nachträglich abgeändert, d.h. im Weg des Wiederaufnahmeverfahrens rückgängig gemacht werden, da auch von verfassungswidrig konstituierten Organen erlassene Strafenentscheidungen auf der betreffenden, für nichtig erklärten Norm "beruhen" (§ 79 I BVerfGG). Es ist unzulässig, eine Wiederaufnahme nach § 79 I BVerfGG davon abhängig zu machen, ob die für nichtig erklärte Norm dem materiellen oder Verfahrensrecht angehört.

e) Das vom BVerfG ausgesprochene Verbot einer Wiederaufnahme bei friedensgerichtlichen Entscheidungen käme einer mit rechtsstaatlichen Grundsätzen unvereinbaren Anerkennung von durch Nichtgerichte erlassenen rechtskräftigen und endgültig rechtsbeständigen Strafurteilen gleich.

Sechster Abschnitt: S t r a f r e c h t

Normen des Strafrechts sind wegen der besonders strengen Anforderungen an Umschreibung und Bestimmtheit der Tatbestände in weniger starkem Mass als Vorschriften anderer Rechtsgebiete für nichtig erklärt worden; bisher ist dies nur dreimal der Fall gewesen: einmal bei einer Vorschrift des allgemeinen (politischen) Strafrechts und zweimal bei Regelungen des Strassenverkehrsrechts.

I) Die Entscheidungen des BVerfG

1) Allgemeines Strafrecht (§ 90 a III StGB)

Nach § 90 a StGB ist die Gründung oder Förderung verfassungswidriger Vereinigungen strafbar. Abs. I bedroht denjenigen mit Gefängnis, der

"... eine Vereinigung gründet, deren Zwecke oder deren Tätigkeit sich gegen die verfassungsmässige Ordnung oder gegen den Gedanken der Völkerverständigung richten, oder... die Bestrebungen einer solchen Vereinigung als Rädelsführer oder Hintermann fördert..."

Die Strafandrohung erstreckte sich nach Abs.III auch auf die Gründung und Förderung verfassungswidriger politischer Parteien i.S. des Art. 21 GG. Jedoch durfte

"... die Tat erst verfolgt werden, nachdem das Bundesverfassungsgericht festgestellt hat, dass die Partei verfassungswidrig ist."

Abs.III war insbesondere für die Bestrafung der Funktionäre der 1956 aufgelösten Kommunistischen Partei von Bedeutung gewesen. Mit seiner Hilfe konnte ihre Tätigkeit auch schon vor dem Verbot ihrer Partei¹⁾ strafrechtlich erfasst werden. Nur die Strafverfolgung war bis zu der Entscheidung des BVerfG gehemmt. Es fragte sich nur, ob die Vorschrift auch mit Art.21 II GG im Einklang stand.

1) BVerfG 5/85 ff.

Eben dies ist vom BVerfG verneint worden¹⁾: infolge seines Entscheidungsmonopols über die Verfassungswidrigkeit politischer Parteien sei -im Gegensatz zu Art.9 GG- jede behördliche oder Strafmassnahme gegen Anhänger und Mitglieder unzulässig, solange die Partei nicht für verfassungswidrig erklärt worden sei. Bis zu diesem Zeitpunkt sei die Arbeit dieser Personen als legal anzusehen, unabhängig davon, ob sich der Zweck ihrer Tätigkeit gegen die verfassungsmässige Ordnung richte und immer unter der Voraussetzung, dass keine unerlaubten Mittel verwendet würden. Was aber nach dem GG erlaubt sei, könne nicht nach § 90 a Abs.III StGB verboten sein. Es verstosse gegen rechtsstaatliche Grundsätze, wenn die Freiheit, eine Partei zu gründen und für sie zu arbeiten, nachträglich als rechtswidrig behandelt werde. § 90 a III StGB sei mit Art. 21 II GG nicht vereinbar und deshalb für nichtig zu erklären. Der Nichtigerklärung des § 90 a III StGB komme insofern konstitutive Bedeutung zu²⁾.

2) Verkehrsstrafrecht (§§ 49 StVO, 71 StVZO)

Die StVO³⁾ und StVZO⁴⁾ hatten bestimmte Strafvorschriften bei Zuwiderhandlungen gegen strassenverkehrsrechtliche Bestimmungen enthalten. Nach § 49 StVO waren Verstösse gegen die Regelungen der StVO und ihrer Ausführungsbestimmungen mit Geldstrafe (bis zu 150 DM) oder mit Haft, nach § 71 StVZO Zuwiderhandlungen gegen die StVZO und die zu ihrer Ausführung erlassenen "Anweisungen" ebenfalls mit Geldstrafe oder Haft bedroht⁵⁾. Es kam nun darauf an, ob diesen -durch Gesetz vom 24.8.1953⁶⁾- nachkonstitutionell gewordenen Straftatbeständen eine gültige Ermächtigung i.S. der Art. 80 I, 103 II, 104 I GG zugrunde lag.

1) Entsch. vom 21.3.1961, BVerfG 12/296 ff.

2) a.a.O. 724

3) und 4) i.d.F. der VO vom 24.8.1953 (BGBl.I/1131)

5) in beiden Fällen aber nur, soweit die Tat nicht nach anderen Bestimmungen mit schwerer Strafe bedroht war

6) BGBl. a.a.O.

In seinen Entscheidungen vom 3.7.¹⁾ und 25.7.²⁾ 1962 hat das BVerfG zunächst festgestellt, dass unter "Strafgesetzen" i.S. des Art.103 II GG auch Verordnungen zu verstehen seien. Dann müssten aber an die gem. Art.80 I GG erforderlichen Ermächtigungen besonders strenge Anforderungen hinsichtlich Inhaltsbestimmung und Definition des Straftatbestandes gestellt werden; die darauf beruhenden Verordnungen hätten dann lediglich die einzelnen Tatbestandsmerkmale auszufüllen. Die für §§ 49 StVO und 71 StVZO als Ermächtigung in Frage kommenden Vorschriften der §§ 1, 2, 6, 21 und 27 StVG seien keine gesetzliche Grundlage, da in ihnen ein Erlass von Strafvorschriften überhaupt nicht vorgesehen sei. Daraus ergebe sich weiter, dass es auch für die in §§ 49 StVO, 71 StVZO vorgesehenen Freiheitsstrafen an dem nach Art.104 I GG erforderlichen formellen Ermächtigungsgesetz fehle³⁾. § 21 StVG regle zwar ähnliche Tatbestände mit denselben Strafdrohungen, enthalte jedoch keinerlei Ermächtigung zum Erlass weiterer Strafbestimmungen; §§ 49 StVO und 71 StVZO seien deshalb sowohl mit Art. 103 II als auch mit 104 I GG unvereinbar und daher für nichtig zu erklären; § 21 StVG hingegen stehe mit der Verfassung in Einklang⁴⁾.

II) Die Folgen der Entscheidungen

Wie in den Fällen der Urteile der Friedensgerichte interessiert auch hier in erster Linie, ob die Verurteilten ihre Strafe hinnehmen müssen oder Wiederaufnahme des Verfahrens gem. § 79 I BVerfGG beantragen können. Daneben tauchen noch andere Fragen auf: so z.B., ob die nichtigen Strafnormen Auswirkungen auf andere Vorschriften haben, ob

- 1) und 2) BVerfG 14/174 ff. und 254 ff.; Bedenken gegen die Verfassungsmässigkeiten der §§ 49 StVO, 71 StVZO und auch 21 StVG waren schon früher laut geworden (Schmidt-Leichner a.a.O.)
- 3) das OLG Frankfurt hatte noch in NJW 62/456 den § 21 StVG "zwanglos" als gesetzliche Ermächtigung des § 71 StVZO angesehen
- 4) BVerfG 14/246 ff., mit der Begründung, dass weder ein Verstoß gegen Art.103 II -da der Tatbestand hinreichend deutlich sei-, noch ein Verstoß gegen Art.104 I GG -da das StVG ein förmliches Gesetz war- vorliege.

auf ihnen beruhende Strafurteile noch vollstreckt werden können und ob § 79 Abs.I BVerfGG auch auf urteilsähnliche Entscheidungen (Strafbefehle, Strafverfügungen etc.) angewendet werden kann. Hierbei soll zunächst erörtert werden, ob und inwieweit diese Fragen das allgemeine Strafrecht betreffen. Die Auswirkungen der §§ 49 StVO, 71 StVZO a.F. bilden einen Sonderfall und sollen in einem besonderen Abschnitt behandelt werden.

1) Allgemeines Strafrecht

a) Die Wirkung der Nichtigkeitserklärung auf andere Strafnormen (§§ 90 a III, 129 StGB)

Ist eine Strafvorschrift wegen Verfassungswidrigkeit er-
tunc weggefallen, kann zunächst ganz allgemein festgestellt
werden, dass andere Vorschriften, die denselben Tatbestand
-z.B. in qualifizierter oder spezialisierter Form- enthal-
ten, insoweit ebenfalls verfassungswidrig sein würden. Ob
solche Vorschriften dann noch weiterhin anwendbar bleiben
oder als ganze wegfallen, hängt davon ab, ob der verblei-
bende Resttatbestand noch einen selbständigen Sinn ergibt,
oder ohne den verfassungswidrigen Teil seine Rechtfertigung
und seinen Zweck verlieren würde. Wäre z.B. § 175 StGB we-
gen Verletzung des Art.3 GG für nichtig erklärt worden,
müsste insofern auch § 175 a StGB nichtig sein; allenfalls
kämen dann -bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzun-
gen- Bestrafungen gem. §§ 183 (Erregung öffentlichen Är-
gernisses), 223 ff. (Körperverletzung) und 240 (Nötigung)
in Betracht.

Praktisch bedeutsam ist die Frage der Auswirkung verfas-
sungswidriger Normen auf andere Vorschriften anhand des
§ 90 a III StGB a.F. geworden. Nach seiner Nichtigkeitserklärung
fragte man sich, ob nun nicht auch § 129 StGB als verfas-
sungswidrig angesehen werden müsse; diese Vorschrift hatte
die Strafbarkeit der Gründung und Förderung einer verfas-
sungsfeindlichen Partei auch auf blosse Mitglieder und An-
hänger ausgedehnt und Bedeutung vor allem für Bestrafungen
derjenigen Personen gewonnen, die die kommunistische Partei

vor Auflösung aktiv unterstützt hatten. Schon kurz nach der Nichtigerklärung des § 90 a III StGB sind in der Literatur¹⁾ Bedenken hinsichtlich der Verfassungsmässigkeit des § 129 StGB geltend gemacht worden; noch eher -kaum zwei Monate nach der Entscheidung des BVerfG- hat der Bundesgerichtshof die Frage der Vereinbarkeit des § 129 StGB mit Art. 21 II GG aufgegriffen und dem BVerfG zur Entscheidung vorgelegt.²⁾ Dieses hat im Sinne des BGH dahingehend entschieden³⁾, dass § 129 StGB nicht für politische Parteien gelte, im übrigen aber verfassungsmässig sei.

b) Die Wirkung der Nichtigerklärung
auf Strafurteile (§ 79 I BVerfGG)

Soweit es sich um auf nichtigen Normen beruhende Urteile handelt, die zur Zeit der verfassungsgerichtlichen Entscheidung noch nicht rechtskräftig waren, gilt die allgemeine Regel, dass sie mit den üblichen Rechtsmitteln anfechtbar sind⁴⁾. Dadurch können z.B. Funktionäre der Kommunistischen Partei, die aufgrund des § 90 a III StGB (nicht rechtskräftig) verurteilt worden waren, Aufhebung des Urteils und Freispruch erreichen⁵⁾. Aus dem ex tunc Wegfall der nichtigen Norm ergibt sich weiter, dass bei zur Zeit der Entscheidung des BVerfG anhängige Verfahren je nach Stadium von Amts wegen Freispruch oder Einstellung erfolgen musste.

Für rechtskräftige Entscheidungen gilt die Vorschrift des § 79 I BVerfGG, in der eine Ausnahme von dem in Abs. II verkörperten Grundsatz einer endgültigen Aufrechterhaltung von unanfechtbaren Verwaltungsakten und Gerichtsurteilen getroffen ist⁶⁾. Aufgrund nichtiger Strafnormen Verurteilte, wie z.B. die aufgrund des § 90 a III StGB verurteilten KP-Funktionäre, haben danach die Möglichkeit, auch noch nach Ablauf der Rechtsmittelfristen die vollständige Beseitigung

1) Bertram 1099, Heinemann 889 2) NJW 61/1315

3) BVerfG 17/155 ff., 165 ff.

4) massgebender Zeitpunkt: 25.3.1961

5) vgl. BayObLG BB 62/1223

6) zur Anwendung des § 79 I BVerfGG bei internationalen oder interzonalen Strafnormen, die gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung verstossen und im Bereich des GG keine Anwendung finden können, vgl. BVerfG 11/150, 161, 163 u. NJW 61/653, OLG Schleswig, Schlesw. Holst. Anz. 61/273

der nichtigen Vorschrift aus dem Urteil zu erreichen, d.h. also, wenn die nichtige Norm alleinige Urteilsgrundlage war, Freispruch¹⁾. Nur dadurch wird den -bei Verfassungs-
verletzungen in Strafgesetzen ausschliesslich zugunsten
des einzelnen anzuwendenden- Grundsätzen der Rechtsstaat-
lichkeit Genüge getan und die "Autorität des Rechts und
der Rechtspflege" wiederhergestellt²⁾.

Als Verfahren ist die strafprozessuale Wiederaufnahme
vorgesehen; das Verhältnis zwischen § 79 I BVerfGG und den
§§ 359 ff. StGB ist allerdings noch nicht ganz geklärt. Es
geht darum, ob sämtliche -auch die zuungunsten des Verur-
teilten getroffenen- Regelungen gelten sollen³⁾, oder ob
sich eine "entsprechende" Anwendung der §§ 359 ff. StPO in
§ 79 I BVerfGG nicht auf ganz bestimmte Regelungen⁴⁾ be-
schränken will. Geht man von Sinn und Zweck des § 79 I
BVerfGG, der materiellen Gerechtigkeit gegenüber der
Rechtssicherheit den Vorrang einzuräumen, aus, so wird ohne
weiteres deutlich, dass die Wiederaufnahmevorschriften nicht
unterschiedslos Anwendung finden können und dass in jedem
einzelnen Fall geprüft werden muss, ob sie auf die Besonder-
heit von Strafurteilen mit verfassungswidriger Grundlage zu-
geschnitten sind. Dabei werden viele Vorschriften von vorn-
herein ausscheiden, da sie schon vom Wortlaut her nicht auf
diesen Fall passen (§§ 359, 364, 370 I, auch 363 StPO)⁵⁾;
dagegen müssen alle diejenigen Bestimmungen Anwendung fin-
den, die Regelungen zugunsten des Verurteilten enthalten
und durch die er die Beseitigung der nichtigen Vorschrift
aus dem Urteil erreichen kann, so z.B. die §§ 370 II⁶⁾, 373⁷⁾,
und selbstverständlich die formellen Vorschriften der
§§ 361, 365-368, 371, 372 StPO. Dennoch bleiben einige

- 1) zur analogen Anwendung des § 79 I BVerfGG bei Nichtiger-
klärung eines Strafgesetzes durch ein Landesverfassungs-
gericht, vgl. Friesenhahn, 49 ff., 59
- 2) BGH NJW 63/1364 3) Geiger, § 79, 2 4) Lechner, § 79, 1
- 5) im Fall der §§ 49 StVO, 71 StVZO sehr bestr. (für eine An-
wendung Röhl a.a.O., AG Zweibrücken NJW 62/1975, dagegen
BGH a.a.O., Eb.Schmidt, Anm.9 vor §§ 359 ff.
- 6) Anordnung der Erneuerung der Hauptverhandlung durch
Beschluss
- 7) Aufhebung des Urteils und anderweitige Entscheidung in
der Sache

Streitpunkte übrig; in der Rechtsprechung wird z.B. die Ansicht vertreten¹⁾, eine Überprüfung der tatsächlichen Urteilsgrundlagen dürfe im Fall des § 79 I BVerfGG nicht erfolgen, da die Nichtigkeit einer Norm nur die rechtliche Seite des Urteils berühre. Dem muss insoweit zugestimmt werden, als die Verurteilung ausschliesslich auf diese Norm gestützt worden ist. Kommt aber nun für die Tat nach ihrem Wegfall eine Bestrafung nach anderen Bestimmungen in Frage, muss die Erneuerung der Hauptverhandlung angeordnet werden²⁾, um zu untersuchen (§§ 369, 373 I StPO), ob die bisherigen Feststellungen die nun einschlägigen Bestimmungen zu tragen vermögen; Art und Höhe der bisherigen Strafe dürfen dabei jedoch nicht zum Nachteil des Verurteilten geändert werden, da ihm durch eine Wiederaufnahme nicht das Risiko einer strengeren Bestrafung aufgebürdet werden soll (§ 373 II StPO).

Eine Streitfrage ist weiter, ob im Fall nichtiger Strafnormen auch die Staatsanwaltschaft zuungunsten des Verurteilten, entsprechend § 362 StPO Wiederaufnahme beantragen kann. Der Charakter des § 79 I BVerfGG als eine Schutznorm zugunsten des einzelnen dürfte dies wohl nicht zulassen, da es dem Verurteilten gerade zum Vorteil gereichen soll, wenn die rechtliche Grundlage seiner Verurteilung weggefallen ist; ein solcher Antrag hätte auch keinen Sinn, da einziger Inhalt des § 79 I BVerfGG die Tilgung der verfassungswidrigen Norm aus dem Strafurteil ist. Etwas anderes muss gelten, wenn der Tatbestand der verfassungswidrigen Norm noch in einer anderen -verfassungsmässigen- Norm enthalten ist; dann handelt es sich um die Aufrechterhaltung der Verurteilung, nur diesmal unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt. Dies ist jedenfalls die Auffassung der Praxis³⁾.

1) BVerfG NJW 63/757, OLG Hamm NJW 62/68, vgl. auch Bertram 535 ff.

2) s.u. Nr. 2

3) z.B. im Fall der auf §§ 49 StVO, 71 StVZO beruhenden Strafurteile, bei denen § 21 StVG als Ersatztatbestand verwendet wurde (s.u.Ziff.2); wäre z.B. § 370 Nr.5 StGB (Mundraub) verfassungswidrig, könnte nunmehr die Staatsanwaltschaft Wiederaufnahme mit dem Ziel einer Bestrafung nach § 242 StGB beantragen.

Von Sinn und Zweck des § 79 I BVerfGG her lassen sich auch Konkurrenzfragen beantworten. Steht die aufgrund einer nichtigen Norm bestrafte Tat in Idealkonkurrenz zu anderen Gesetzen, und ist deswegen das Gesetz, das die schwerste Strafe androht, angewendet worden (§ 73 StGB), so müssen mit dem Wegfall der nichtigen Norm auch diese Verurteilungen hinfällig sein. Als Beispiel mag der Fall eines aufgrund der §§ 90 a III, 129, 73 StGB verurteilten KP-Funktionärs dienen, der nach der Nichtigkeitserklärung des § 90 a III Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 79 I BVerfGG beantragt hatte; gegen den stattgebenden Beschluss des zuständigen Oberlandesgerichts¹⁾ war von der Staatsanwaltschaft Beschwerde eingelegt worden mit dem Antrag, die Wiederaufnahme auf den Strafausspruch und die Beseitigung des § 90 a aus dem Schuldspruch zu beschränken; jedoch ohne Erfolg, da, wie das Oberlandesgericht ausführte, der Schuldspruch aus §§ 90 a III, 129 nur einheitlich beurteilt werden und ein- und dieselbe Tat nicht einmal strafbar, das andere Mal strafflos sein könne. Der Verurteilte musste also in vollem Umfang freigesprochen werden. Liegt dagegen bei einer Verurteilung aufgrund einer nichtigen Norm Realkonkurrenz zu anderen Strafvorschriften vor, so bleibt die Bestrafung aufgrund dieser Vorschriften in einem Wiederaufnahmeverfahren nach § 79 I BVerfGG unberührt²⁾.

c) Vollstreckungsfragen

Auch hier muss untersucht werden, inwieweit die Regelungen der §§ 359 ff. StPO "entsprechend" auf Strafurteile mit verfassungswidriger Grundlage Anwendung finden können. Die Frage, ob solche Urteile noch vollstreckbar sind, wird für die Betroffenen, wie z.B. die aufgrund des § 90 a III StGB verurteilten Funktionäre der KP, oft von grösserem Interesse sein als Einzelheiten des Wiederaufnahmeverfahrens.

Grundsätzlich sind rechtskräftige Strafurteile vollstreckbar (§ 443 StPO); davon macht auch die Regelung des § 360 StPO keine Ausnahme, nach der ein Antrag auf Wiederaufnahme

1) OLG Hamm a.a.O.

2) BGH a.a.O. 1365 und 1315

die Vollstreckung nicht hemmt (Abs.I); Aufschiebung oder Unterbrechung des Strafvollzugs ist lediglich dem Ermessen des Gerichts überlassen (Abs.II).

Dem steht der in § 79 (Abs.II) BVerfGG enthaltene Grundsatz gegenüber, dass rechtskräftige Entscheidungen, die auf verfassungswidrigen Normen beruhen, nach der Entscheidung des BVerfG nicht mehr vollstreckt werden dürfen. § 79 BVerfGG ist insoweit § 360 StPO gegenüber *lex specialis*; denn was für Verwaltungsakte und Zivilurteile gilt, muss umsomehr auch bei Strafurteilen Anwendung finden, da § 79 I BVerfGG ja dem einzelnen ein Mehr an Schutz als wie in Abs.II vorgesehen, gewähren will¹⁾.

Aber auch ohne die ausdrückliche Regelung des § 79 II BVerfGG wäre eine Vollstreckung rechtskräftiger, auf nichtigen Normen beruhender Strafurteile unzulässig; es würde einen schweren Verstoss gegen rechtsstaatliche Grundsätze, einen "nicht zu behebenden Schaden" zum Nachteil des einzelnen und der Rechtspflege²⁾ bedeuten, wenn Strafen, die unter Verletzung der Verfassung verhängt worden sind, verbüsst werden müssten. Die überwiegende Ansicht der Rechtsprechung³⁾ lehnt deshalb eine Vollstreckung⁴⁾ als gegen Art.103 II, 104 I GG verstossend grundsätzlich ab; auch dann, wenn die Verurteilten keinen Antrag auf Wiederaufnahme gestellt haben. Dies ist jedoch nicht unbestritten geblieben; verschiedentlich wird die Auffassung vertreten⁵⁾, dass auch dann, wenn die Verurteilten von der Möglichkeit des § 79 I BVerfGG Gebrauch gemacht hätten, die Urteile vorläufig noch als rechtskräftig und vollstreckbar anzusehen seien. Das Vollstreckungsverbot muss jedoch aus rechtsstaatlichen Gründen allgemein gelten⁶⁾; die Bezugnahme in § 79 I BVerfGG auf §§ 359 ff. StPO findet daran

1) a.A. für den Fall einer Ersatznorm BVerfG 15/309 ff.

2) BVerfG 14/11 ff.

3) BGH a.a.O., LG Aachen NJW 62/1973, OLG Oldenbg. NJW 63/457;

4) zu d.folg.Fragen vgl. ausf. Maurer 668, Kneser 153 ff.

5) z.B. OLG Bremen NJW 62/2169, Felmy a.a.O., Abschnitt 5 (für das Steuerstrafrecht);

6) und ex officio beachtet werden; dem einzelnen darf nicht mehr aufgebürdet werden, erst Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckung zu erheben.

ihre Schranke. Das BVerfG hat sogar die Vollstreckung eines Strafurteils schon dann für unzulässig erklärt¹⁾, wenn die Verfassungsmässigkeit der zugrundeliegenden Vorschrift zweifelhaft geworden ist; sie ist erst recht ausgeschlossen, wenn die Verfassungswidrigkeit durch das BVerfG ausdrücklich bestätigt worden ist²⁾.

Dürfen somit verfassungswidrige Strafvorschriften den auf ihrer Grundlage Verurteilten keinerlei rechtliche oder tatsächliche Nachteile bringen, müssen sämtliche Urteilsfolgen dem allgemeinen Vollstreckungsverbot unterliegen. Unzulässig wäre z.B. die Vollziehung von im Urteil angeordneten Massnahmen der Sicherung und Besserung³⁾, die im Urteil verfügte Einziehung eines Führerscheins⁴⁾, oder die Vollstreckung eines gem. § 330 a StGB ergangenen Strafurteils, dem ein Verstoß gegen eine für nichtig erklärte Strafnorm zugrundelag⁵⁾. Entsprechendes gilt für in einem Strafurteil enthaltenen Einziehungsbeschluss, wenn er ebenfalls auf der für nichtig erklärten Norm beruht⁶⁾. Sind die Strafurteile bereits vollstreckt, kommen -nach ihrer Aufhebung (§ 373 I StPO)- Entschädigungsansprüche der Betroffenen gem. § 1 des Gesetzes betr. Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen vom 20.5.1898⁷⁾ in Betracht⁸⁾. Eingezogene Gegenstände -wie z.B. die aufgrund der §§ 90 a III a.F., 98, 86 StGB, 430 ff. StPO beschlagnahmten Druckerzeugnisse und sonstigen Hilfsmittel verfassungswidriger Parteien⁹⁾- müssen zurückgegeben werden, um auch hier eine restlose Beseitigung sämtlicher Urteilsfolgen zu erreichen.

1) a.a.O.

2) anders aber im Fall einer Ersatznorm BVerfG 15/309 ff.

3) LG Aachen, NJW 63/169, 550

4) LG Aachen a.a.O. 1973 (a.A. Creifelds a.a.O.)

5) OLG Frankfurt NJW 63/601

6) dies auch dann, wenn man sie als "Entscheidungen" i.S. des § 79 II BVerfGG ansehen will (geg. OLG Schlesw., Schlesw.Holst. Anz. 61/306

7) RGBL. I/375 8) Maurer a.a.O.

9) Beispiel: nach der Nichtigerklärung des § 90 a III StGB hatte ein Verurteilter die Rückgabe seines eingezogenen PKW verlangt, war aber damit abgewiesen worden (OLG Schlesw. a.a.O. mit zweifelh. Begründung)

Dies auch deshalb, weil die Einziehung der instrumenta sceleris den Verurteilten oft viel härter treffen kann, als eine -u.U. geringfügige- Geld- oder Gefängnisstrafe, die später gem. §§ 79 I BVerfGG, 359 ff. StPO aufgehoben wird.

d) Anwendung des § 79 I BVerfGG auf
urteilsähnliche Entscheidungen

Abschliessend fragt sich noch, ob die Möglichkeit einer Wiederaufnahme des Verfahrens auch den aufgrund einer nichtigen Norm durch Strafbefehl, Strafverfügung oder Bussgeldbescheid Verurteilten zuerkannt werden soll. In Rechtsprechung und Schrifttum werden unterschiedliche Meinungen vertreten. Für Strafbefehle und Strafverfügungen dürfe die Frage jedenfalls zu bejahen sein¹⁾, da sie dieselben Wirkungen wie ein Strafurteil haben und ausdrücklich auf die allgemeinen Vorschriften der StPO (§§ 409, 410, 413) verweisen. Auch für Bussgeldbescheide wäre eine Anwendung des § 79 I BVerfGG zu befürworten, da sie ihrem Inhalt nach Strafscharakter besitzen²⁾, z.T. auch für Disziplinarstrafen, nicht aber bei Beuge- und Ordnungsstrafen³⁾.

2) Verkehrsstrafrecht

Bisher ist eine Erörterung der Folgen nichtiger Strafgesetze mehr oder weniger im theoretischen geblieben; als einziges konkretes Beispiel konnte immer nur § 90 a III StGB a.F. angeführt werden. Ob und in welcher Weise verfassungswidrige Strafvorschriften Auswirkungen auf die Praxis, insbesondere auf die einzelnen Bürger haben, ist erst im Fall der §§ 49 StVO, 71 StVZO voll deutlich geworden; nach deren Nichtigerklärung sahen sich die Gerichte einer Flut von Wiederaufnahmeanträgen ausgesetzt; Fragen der Vollstreckung bzw. einer Entschädigung für bereits verbüsste Haftstrafen waren zu entscheiden. Zusätzlichen Stoff zu der -auch im Schrifttum einsetzenden- Diskussion über die

1) AG Stgt. NJW 63/458, AG Landsberg NJW, Eb.Schmidt, 1 vor § 359, Kaiser 1703; gegen Strafverfügungen: Kneser 170 ff.

2) AG Landsberg a.a.O., dagegen BayObLG 62/2166

3) Kneser a.a.O.

Rechtslage nach dem Wegfall der beiden Strafbestimmungen bot die Tatsache, dass noch eine andere -verfassungsmäßige¹⁾- Norm des Strassenverkehrs vorhanden war, die nach Tatbestand und Strafdrohung fast genau den für nichtig erklärten Bestimmungen entsprach. § 21 StVG lautet:

"Wer den Anordnungen zuwiderhandelt, die über den Strassenverkehr zur Erhaltung der Ordnung und Sicherheit auf den öffentlichen Wegen...oder zur Verhütung von Beunruhigungen erlassen worden sind, wird mit Geldstrafe bis zu 150 DM oder mit Haft bestraft."

Als solche "Anordnungen" sind aufgrund von § 6 Nr.3 StVG auch die StVO und StVZO erlassen worden; bei Verstößen gegen sie kam damit gleichzeitig eine Bestrafung nach § 21 StVG in Betracht. Für die Rechtsprechung lag deshalb nichts näher, als § 21 StVG als "Ersatznorm" heranzuziehen und sämtliche Verurteilungen aufgrund der §§ 49 StVO, 71 StVZO a.F. unter diesem Gesichtspunkt aufrechtzuerhalten. Fraglich war dabei nur, ob und welche Urteile lediglich zu berichtigen und bei welchen nach § 79 I BVerfGG zu verfahren war.

a) § 21 StVG als Ersatznorm?

Bevor auf § 79 I BVerfGG eingegangen wird, bedarf die eben getroffene Feststellung, § 21 StVG beziehe sich auch auf Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften der StVO und StVZO einer Präzisierung: es fragt sich nämlich, ob die Regelungen des Strassenverkehrs ausnahmslos und unabhängig von dem Zeitpunkt ihres Inkrafttretens "Anordnungen" i.S. des § 21 StVG sind und ob deshalb sämtliche Zuwiderhandlungen seiner Strafdrohung unterliegen.

Die Rechtsprechung hat allerdings § 21 StVG als Ersatztatbestand ohne nähere Prüfung für alle früher unter die §§ 49 StVO und 71 StVZO fallenden Tatbestände übernommen. Nur das BayObLG²⁾ hat sich, soweit ersichtlich, bisher gegen eine unbesehene Auswechslung der §§ 49 StVO, 71 StVZO gegen § 21 StVG ausgesprochen. Ähnlich haben auch einige

1) BVerfG vom 25.7.1962, Bd. 14/254 ff.

2) BB 62/1223

Autoren¹⁾ die Auffassung vertreten, dass die nach §§ 49 StVO, 71 StVZO Verurteilten im Wiederaufnahmeverfahren Gelegenheit haben müssten, Einwendungen gegen eine Verurteilung aus § 21 StVG vorzubringen; es sei in jedem Fall zu prüfen, ob der geänderte Schuldspruch durch die bisher getroffenen Feststellungen getragen werde. Nicht alle Zuwiderhandlungen gegen strassenverkehrsrechtliche Regelungen seien automatische Verstösse gegen § 21 StVG. Die Frage einer Blankettnorm und den sie ausfüllenden Normen wird besonders bei Bestimmungen, die nachträglich in die StVO und StVZO aufgenommen werden, aktuell. Seit den Entscheidungen des BVerfG im Juli 1962 sind z.B. zahlreiche Neuerungen im Strassenverkehrsrecht ergangen²⁾. Würden Verstösse pauschal unter § 21 StVG fallen, hätte der Gesetzgeber die Möglichkeit, aufgrund der Blankettnorm des § 21 StVG zukünftig zahllose neue Straftatbestände zu schaffen.

Dieser Gefahr muss dadurch begegnet werden, dass auch hier in jedem einzelnen Fall zu prüfen ist, ob der zur Rede stehende Verstoß gegen die StVO oder StVZO auch tatsächlich von § 21 StVG umfasst wird. Ausserdem muss in bestimmten Fällen noch § 2 II StGB beachtet werden; nach dieser Bestimmung ist "bei Verschiedenheit der Gesetze" zwischen Tatzeit und Aburteilung das mildeste Gesetz anzuwenden. Entgegen der früheren Rechtsprechung³⁾ ist heute anerkannt⁴⁾, dass "Verschiedenheit der Gesetze" bei Blankettgesetzen auch dann vorliegt, wenn lediglich die ausfüllenden Bestimmungen über den Tatbestand geändert werden.

Ist also eine Vorschrift, deren Verletzung an sich nach § 21 StVG zu ahnden gewesen wäre, zur Zeit der Aburteilung aufgehoben oder abgemildert, muss der Täter nach dem "milderen Gesetz" verurteilt, d.h. freigesprochen bzw. mit einer entsprechenden geringeren Strafe belegt werden.

1) Krüger 1805, Wächter 2158; a.A. Bender 431

2) z.B. VO zur Änderung der StVO vom 30.4.64 (BGBl.I/305) und der StVZO vom 10.1.63 (BGBl.I/20), 25.7.63 (BGBl.I/539) und vom 23.4.65 (BGBl.I/344)

3) RGSt. 49/410 mit Nachw.

4) BGH St. JZ 65/323, vgl. auch LK, § 2, Anm.II, 5a (Jagusch), Schönke-Schröder, § 2, Bem. 34

Um ein konkretes Beispiel zu nennen: das OLG Bremen¹⁾ hatte in einem Fall, in dem es um das Parken von Strasseneinmündungen ging²⁾, zu entscheiden, ob die frühere strengere³⁾, oder die zur Zeit der Aburteilung geltende mildere Vorschrift⁴⁾ Anwendung finden sollte. Das OLG hat dazu festgestellt, dass es sich auch dann um eine "Änderung des Strafgesetzes" handele, wenn die Bestandteile des "Gesetzes" in verschiedenen Gesetzen niedergelegt seien; Blankettatbestand und ausfüllende Norm bildeten insoweit eine Einheit. Aufgrund des jetzt geltenden "milderen Gesetzes" hat es dann den Täter freigesprochen, da sein Parken sich innerhalb des von der betreffenden Vorschrift gezogenen zulässigen Rahmens gehalten hatte. Dieser Grundsatz, bei Änderungen der StVZO bzw. StVO nach Begehung der Tat das jeweils mildere Gesetz bei der Aburteilung anzuwenden, muss aber auch dann gelten, wenn solche Änderungen Strafverschärfungen mit sich bringen oder neue Gebote oder Verbote einführen, so dass Verstösse gegen sie unter die Strafdrohung des § 21 StVG fallen⁵⁾.

b) Nicht rechtskräftige Urteile

. Aufgrund der Ersatznorm des § 21 StVG haben die Gerichte alle noch nicht rechtskräftigen Verurteilungen nach §§ 49 StVO, 71 StVZO umgestellt bzw. "berichtigt"⁶⁾. Dasselbe geschah mit anhängigen Verfahren. Auch da, wo Berufung eingelegt worden war, hielt man die blossе Auswechslung der nichtigen gegen die gültige Norm für ausreichend.⁷⁾ Da aber die Aufrechterhaltung der Verurteilung unter dem Gesichtspunkt des § 21 StVG im Schuldspruch zum Ausdruck kommen musste, konnte dies allein nicht genügend sein, sondern der Angeklagte musste gem. § 265 I StPO zuvor auf diese "Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes" hingewiesen

1) NJW 64/2261

2) § 16 I Nr.3 StVO i.d.F. der VO vom 30.4.1964

3) und 4) vor Strasseneinmündungen mussten 15 m, jetzt nur noch 5 m eingehalten werden

5) vgl. z.B. §§ 15 IV, Halteverbot vor Fussgängerüberwegen, 37 II StVO, Überquerung der Fahrbahn

6) z.B. OLG Celle, NJW 62/2362, OLG Stgt. NJW 62/2118, OLG Düsseldorf NJW 63/80

7) vgl. OLG Frankfurt NJW 63/460

und ihm Gelegenheit zur Verteidigung¹⁾ gegeben werden²⁾.

c) Rechtskräftige Urteile

Eine blosser Auswechslung der §§ 49 StVO, 71 StVZO durch § 21 StVG kam hier allerdings nicht in Betracht. Vielmehr hätte Wiederaufnahme des Verfahrens gem. § 79 I BVerfGG beantragt werden können. Davon ist auch die Rechtsprechung³⁾ ausgegangen; jedoch ist kein Fall bekannt geworden, in dem die Verurteilten selbst einen solchen Antrag gestellt hätten; denn was konnte ihnen hier eine Wiederaufnahme für Vorteile bringen? Doch nur die Folge, dass ihre Bestrafungen zwar unter dem Gesichtspunkt der §§ 49 StVO oder 71 StVZO aufgehoben, jedoch nach § 21 StVG aufrechterhalten wurden. Die Unzahl von Wiederaufnahmeverfahren, die bisher zu entscheiden waren, sind alle auf Antrag der Staatsanwaltschaft in Gang gekommen; damit ist ein solches -an sich dem Schutzzweck des § 79 I BVerfGG widersprechendes⁴⁾- Antragsrecht in den Fällen, in denen anstelle der für nichtig erklärten Norm ein Auffangtatbestand zur Verfügung stand, anerkannt worden⁵⁾. Offenbar ist dabei die praktische Erwägung, sämtliche Verurteilungen aufgrund der §§ 49 StVO, 71 StVZO nun mit § 21 StVG zu erfassen, und zwar ohne Ausnahme, massgebend gewesen⁶⁾; denn zahlreiche Entscheidungen gehen von vornherein von diesem Ergebnis als einer feststehenden Tatsache aus und lassen vielfach eine ausreichende und theoretisch fundierte Begründung vermissen.

Teils wird lediglich darauf hingewiesen, dass, wenn die StPO eine Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten kenne⁷⁾, dies auch im Fall des § 79 I BVerfGG der Fall sein müsse. Teils wird versucht, das Antragsrecht der Staatsanwaltschaft mit dem Charakter des § 79 I BVerfGG als einer

1) hins. der tatsächl. Feststellungen, vgl. oben Nr. a

2) vgl. BayObLG a.a.O.

3) z.B. OLG Saarbrücken NJW 62/1977; a.A. AG Meppen NJW 63/1636; Essen NJW 62/1976, schon AG Dinkelsbühl NJW 52/1190

4) s.o. 2 b

5) z.B. OLG Bamberg NJW 62/2168, OLG Braunschweig NJW 63/728, OLG Bremen NJW 62/2169, OLG Celle a.a.O., OLG Düsseldorf a.a.O., OLG Hamm NJW 62/2265, OLG Hambg. NJW 63/503, OLG Nürnberg NJW 62/2264, OLG Oldenbg. NJW 63/457, OLG Stgt. a.a.O.

6) vgl. BVerfG 15/303 ff. 308 7) OLG Oldenburg a.a.O.

Schutznorm zugunsten des einzelnen in Einklang zu bringen, indem behauptet wird¹⁾, die Staatsanwaltschaft werde auch hier zum Vorteil des Verurteilten tätig, weil dieser ein Interesse daran habe, nicht aufgrund verfassungswidriger, sondern aufgrund gültiger Normen verurteilt zu werden und weil dieser durch ein auf einer nichtigen Vorschrift beruhendes Urteil auf jeden Fall "beschwert" sei. Die Frage einer Ersatznorm habe damit gar nichts zu tun; sie stehe erst im Wiederaufnahmeverfahren selbst zur Diskussion. Einige Gerichte lehnen es überhaupt ab²⁾, dass § 79 I BVerfGG der materiellen Gerechtigkeit im Einzelfall dienen will; er sei in erster Linie im Interesse der Rechtssicherheit ergangen, die hier gleichbedeutend mit der Aufrechterhaltung der Urteile aufgrund einer gültigen Ersatznorm sei. Darüber hinaus stellen einige Entscheidungen fest³⁾, dass bei späteren Bestrafungen nach § 21 StVG frühere Verurteilungen aufgrund des § 71 StVZO strafschärfend zu berücksichtigen seien, weil die Tat ja schon immer gleichzeitig nach § 21 StVG strafbar gewesen sei. Auch die Mehrheit im Schrifttum⁴⁾ folgt dieser Rechtsprechung und hält eine Wiederaufnahme des Verfahrens auf Antrag der Staatsanwaltschaft für zulässig. Da es für die h.M. dabei nur um die Auswechslung ungültiger gegen eine gültige Norm geht, hält sie im Wiederaufnahmeverfahren -entgegen § 370 II StPO- ein einfaches Beschlussverfahren für ausreichend⁵⁾.

Nur wenige Gerichte sind anderer Ansicht und haben Anträge der Staatsanwaltschaft auf Wiederaufnahme des Verfahrens, mit dem Zweck, die Verurteilungen aufgrund des nun einschlägigen § 21 StVG aufrechtzuerhalten, abgelehnt⁶⁾. § 79 I BVerfGG sei für den einzelnen Bürger und nicht für dessen

1) OLG Hamm a.a.O., OLG Oldenburg a.a.O.

2) OLG Bamberg a.a.O., OLG Bremen a.a.O.

3) OLG Celle NJW 62/2073, OLG Hamburg NJW 63/217, OLG Braunschweig a.a.O. 1217

4) Maurer a.a.O., Kneser 150 ff., Kistner 118 ff., Greifelds 361 ff., Bender a.a.O.

5) vgl. z.B. OLG Bamberg a.a.O., OLG Bremen a.a.O. OLG Nürnberg a.a.O.; s. auch BVerfG NJW 63/757

6) LG Aachen NJW 62/1973, 1975, AG Zweibrücken NJW 62/1975

Gegner geschaffen; die Nichtigerklärung von Strafnormen solle sich -wie auch im Fall der Verfassungsbeschwerden, § 95 III BVerfGG- zum Vorteil des Verurteilten auswirken. Die eigentliche "Beschwer" des Verurteilten bestehe nicht in dem auf einer nichtigen Norm beruhenden Strafurteil, sondern in einer Wiederaufnahme, deren einziger Zweck die Aufrechterhaltung der Verurteilung aufgrund eines anderen Strafgesetzes sei. Ein entsprechender Antrag der Staatsanwaltschaft stehe daher im Widerspruch zu dem Sinn des § 79 I BVerfGG¹⁾; im übrigen müsste er bereits aufgrund der analogen Anwendung des § 363 StPO (keine Wiederaufnahme nur zu dem Zweck, eine andere Strafbemessung aufgrund "desselben" Strafgesetzes) als unzulässig abgewiesen werden²⁾.

Tatsächlich fragt man sich, welchen Sinn eine Wiederaufnahme in den Fällen der §§ 49 StVO, 71 StVZO haben soll; sie würde ja doch nur zu einer Aufrechterhaltung und damit Vollstreckung der bisherigen Verurteilung führen. Die von einer Minderheit in der Rechtsprechung aufgestellte Forderung³⁾, die Nichtigerklärung eines Strafgesetzes solle sich auch zugunsten der Verurteilten auswirken, kann damit in keinem Fall verwirklicht werden. Auch eine mildere Strafe kann von einer Wiederaufnahme nicht erwartet werden, da die h.M. keine Überprüfung der tatsächlichen Urteilsgrundlagen zulassen, sondern nur § 21 StVG an die Stelle der §§ 49

StVO, 71 StVZO setzen will. Angesichts dieser Praxis wird deutlich, dass es sich bei derartigen Wiederaufnahmeverfahren, die durch Beschluss entschieden werden, in Wirklichkeit um nichts anderes als um eine bloße Urteilsberichtigung handelt. Konsequenterweise wäre dann der ganze Umweg über § 79 I BVerfGG entbehrlich⁴⁾; eine einfache Urteilsberichtigung⁵⁾ würde denselben Zweck erfüllen.

Andererseits muss berücksichtigt werden, dass den Verurteilungen aufgrund der §§ 49 StVO, 71 StVZO Straftaten zu-

1) LG Aachen a.a.O.

2) AG Zweibrücken a.a.O.

3) s. Anm. 1

4) so Kaiser a.a.O.

5) so das AG Meppen (a.a.O.), das eine Anwendung des § 79 I BVerfGG überhaupt ablehnt

grundlagen, die wahrscheinlich auch nach § 21 StVG in demselben Umfang und mit denselben Strafen geahndet worden wären. Eine Aufhebung sämtlicher Verurteilungen ohne Rücksicht auf § 21 StVG im Wiederaufnahmeverfahren erscheint deshalb auch nicht gerechtfertigt.

Von daher wird deutlich, dass eine Anwendung des § 79 I BVerfGG in der bisher von der Praxis gehandhabten Weise problematisch ist; die einzelnen haben nur Nachteile davon: ein rechtskräftiges, auf §§ 49 StVO oder 71 StVZO beruhendes Strafurteil, gegen das keine Wiederaufnahme beantragt worden ist, kann nach der h.M.¹⁾ wenigstens nicht mehr vollstreckt werden. Wird das Urteil dagegen auf § 21 StVG gestützt, treten sämtliche Vollstreckungsfolgen ein. Es fragt sich deshalb, ob in den Fällen, in denen eine Ersatznorm anstelle einer nichtigen Vorschrift zur Verfügung steht, eine Anwendung des § 79 I BVerfGG nicht ausscheiden müsste; durch eine Wiederaufnahme wird -wie aus den oben angeführten Entscheidungen hervorgeht- sein Sinn in das Gegenteil verkehrt. Der Verurteilte selbst wird auf keinen Fall Wiederaufnahme beantragen, da er nur ein voll gültiges Strafurteil aufgrund der Ersatznorm zu erwarten hätte; eine von der Staatsanwaltschaft beantragte Wiederaufnahme würde sich demnach immer zu seinen Ungunsten auswirken.

Im Schrifttum wird deshalb auch verschiedentlich eine Wiederaufnahme des Verfahrens in den Fällen der §§ 49 StVO, 71 StVZO abgelehnt. Von Stackelberg meint²⁾, es sei besser, wenn es bei einem rechtskräftigen, aber nicht vollstreckbaren Urteil bliebe, als wenn die Ersatznorm des § 21 StVG eingreife. Kaiser schlägt vor³⁾, sämtliche Urteile von Amts wegen zu berichtigen, aber da die Umstellung eines Urteils von einer ungültigen Norm auf eine neue rechtliche Grundlage ein förmliches Verfahren verlangt (Art.101, 103 II, 104 I GG), kommt diese Lösung von vornherein nicht in Betracht⁴⁾.

1) BVerfG NJW 62/443, BGH a.a.O., OLG Oldenburg a.a.O. anders aber in Bd.15/309 ff., LG Aachen (a.a.O.) a.A. OLG Bremen (a.a.O.)

2) a.a.O. 701 3) a.a.O. 1705

4) so von Stackelberg a.a.O.

Bei der Lösung, wie sie von Stackelberg vorschlägt, ist zwar zuzugeben, dass sie am ehesten den Interessen der Betroffenen gerecht werden würde. Vom einzelnen her gesehen wirkt die in der Rechtsprechung teilweise vertretene Ansicht¹⁾, der Verurteilte habe ein Interesse, aufgrund eines gültigen Strafgesetzes verurteilt zu werden und deshalb erfolge auch eine Wiederaufnahme durch die Staatsanwaltschaft immer auch zu seinen Gunsten, allzu formal. Das Problem verlagert sich für ihn von der Frage einer rechtsgültigen Urteilsgrundlage auf die Frage der Vollstreckung. Anders ausgedrückt: die Verurteilten würden wohl eher ein verfassungswidriges Urteil in Kauf nehmen, das nicht mehr vollstreckt wird²⁾, als ein Urteil, das zwar verfassungsmässig ist, aber vollstreckt werden muss. Andererseits kann, wie erwähnt, das Vorhandensein einer Ersatznorm nicht völlig ausser acht gelassen werden. Aber weder der von der Rechtsprechung eingeschlagene Weg, noch die im Schrifttum vorgebrachten Vorschläge können eine befriedigende Lösung ergeben. Offenbar muss § 79 I BVerfGG eine andere Auslegung als bisher erfahren.

Ausscheiden muss jedenfalls die Diskussion um die Frage des Antragsrechts der Staatsanwaltschaft. Die Überlegung, ob die Wiederaufnahme "zugunsten" oder "zuungunsten" der Verurteilten erfolge, ob diese auf jeden Fall ein "Interesse" hätten, anstelle nach nichtigen nach gültigen Strafnormen bestraft zu werden, wird dann sinnlos, wo ohnehin nur eine Wiederaufnahme durch die Staatsanwaltschaft in Betracht kommt.

Eine Lösung wird sich vielleicht finden lassen, wenn auf den ursprünglichen Sinn der Wiederaufnahme zurückgegangen wird. Dazu ist näher auf die entsprechenden Verfahrensbestimmungen einzugehen.

d) Verfahrensfragen

Mit der Wiederaufnahme eines rechtskräftig abgeschlossenen Verfahrens soll die Beseitigung des früheren Urteils

1) vgl. z.B. OLG Oldenburg a.a.O., OLG Bremen a.a.O.

2) anders aber BVerfG 15/309 ff.

erreicht werden. Damit ist es notwendig, sämtliche Urteils- insbesondere die Beweisgrundlagen einer erneuten Prüfung zu unterziehen, um festzustellen, ob die vorgebrachten Behauptungen einen Freispruch bzw. eine mildere Strafe rechtfertigen (§ 369 StPO)¹⁾. Die Erneuerung der Hauptverhandlung ist deshalb in allen Fällen zwingend vorgeschrieben (§§ 370 II, 373 StPO). Das Urteil unterliegt in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht einer -von der früheren Bewertung unabhängigen- völlig neuen Würdigung. Der Angeklagte kann auch neue Einwendungen gegen seine Verurteilung vorbringen (§ 359 Nr.5 StPO)²⁾; das Gericht kann auch trotz gleichen Ergebnissen der Hauptverhandlung zu einer anderen Strafe gelangen³⁾⁴⁾.

Überträgt man diese Grundsätze auf die Wiederaufnahme nach § 79 I BVerfGG, so müsste auch im Fall verfassungswidriger Strafbestimmungen eine neue Hauptverhandlung stattfinden. Im Fall der §§ 49 StVO, 71 StVZO könnte dies jedoch zweifelhaft sein; man kann sagen, dass es einer Hauptverhandlung nicht mehr bedürfe, da die in Frage stehenden Übertretungen wahrscheinlich ohnehin alle nach § 21 StVG bestraft worden wären. Dies ist jedoch nicht sicher. Wie oben ausgeführt wurde⁵⁾, sind nicht alle Verstöße gegen die StVO und StVZO automatisch Zuwiderhandlungen gegen "Anordnungen" i.S. des § 21 StVG. Es können neue Tatsachen und Beweismittel auftauchen, die die Schuld des Täters in anderem Licht erscheinen lassen. Deshalb muss auch hier eine erneute Hauptverhandlung stattfinden⁶⁾; das von der Rechtsprechung beobachtete Verfahren, durch einfachen Beschluss die §§ 49 StVO und 71 StVZO gegen § 21 StVG auszuwechseln, ist summarisch und widerspricht sowohl den §§ 370 II, 373 StPO als auch der Schutzfunktion des § 79 I BVerfGG. Man

1) vgl. Schwarz, 1 B vor §§ 359 ff., 370, B 2, 373 B 2

2) Schwarz, § 373, 1

3) Schwarz, § 373, 2 A

4) zu den Einzelheiten vgl. BGHSt. 19/365

5) s.o. 2 a

6) so ausführlich Maurer 668 ff., auch von Stackelberg, 19 ff. falls man nicht von vornherein die Anwendung des § 79 I BVerfGG ablehnen will.

könnte sogar fast sagen, dass eine Überprüfung der Urteilsgrundlagen im Wiederaufnahmeverfahren erst dann wirklich erforderlich wird, wenn die Tat aufgrund eines anderen, nun einschlägigen Strafgesetzes bestraft werden könnte. In allen anderen Fällen der Wiederaufnahme nach § 79 I BVerfGG ist der Mangel des Urteils -eine verfassungswidrige Strafnorm- offensichtlich und wird unter Aufhebung des Urteils zu einem Freispruch führen¹⁾, ohne dass neue Beweiserhebungen angeordnet werden müssten.

Hat also die Staatsanwaltschaft gegen die Verurteilungen aufgrund der §§ 49 StVO, 71 StVZO Wiederaufnahme des Verfahrens beantragt, so haben die Angeklagten in der neu eröffneten Hauptverhandlung Gelegenheit, Einwendungen gegen eine Verurteilung aus § 21 StVG vorzubringen, neue Beweismittel anzubieten etc. Die im früheren Urteil getroffenen Feststellungen können eine veränderte richterliche Würdigung erfahren, die verhängte Strafe u.U. herabgesetzt²⁾, das Verfahren sogar -wenn die Tat unbedeutend ist- wegen Geringfügigkeit eingestellt werden (§ 153 StPO), oder aber die Strafe in Art und Höhe aufrechterhalten bleiben.

Dem kann nicht entgegenggehalten werden, derartige Wiederaufnahmen würden bei der Unzahl von Verurteilungen nach §§ 49 StVO, 71 StVZO zu einem erheblichen Zeit- und Kostenaufwand führen oder die Beschaffung neuer Beweismittel für u.U. jahrelang zurückliegende Vorgänge sei praktisch kaum durchführbar. Da eine Wiederaufnahme eine völlig selbständige Wiederaufrollung des Falls, eine völlig neue Beurteilung der Tat bezweckt, ist es auch den Gerichten anheimgegeben, ob sie die im früheren Urteil getroffenen Feststellungen für zutreffend und ausreichend erachten oder die Beibringung neuer Beweise für erforderlich halten wollen³⁾.

1) vgl. OLG Hamm NJW 62/68

2) Schwarz a.a.O.; dies auch dann, wenn sich an der tatsächlichen Beurteilung der Tat nichts geändert hat

3) Schwarz, § 373, 1 A

Mag auch ersteres bei den nun aufgrund § 21 StVG zu beurteilenden Übertretungen weitaus häufiger sein, die C h a n c e einer erneuten richterlichen Würdigung in einer Hauptverhandlung und damit die Chance einer milderen Bestrafung muss jedenfalls allen nach §§ 49 StVO, 71 StVZO Verurteilten zugestanden werden; nur so kann sich der Schutzzweck des § 79 I BVerfGG auch in den Fällen auswirken, in denen anstelle für nichtig erklärter Vorschriften eine Ersatznorm zur Verfügung steht. Anders ausgedrückt: die Wiederaufnahme "zugunsten" des Verurteilten in § 79 I BVerfGG besteht in der Möglichkeit, eine andere Beurteilung der Tat durch das Gericht. und u.U. eine Herabsetzung der Strafe zu erreichen.

3) Zusammenfassung

a) Die Nichtigerklärung einer Strafvorschrift hat Auswirkungen auf andere Normen, die den gleichen oder ähnlichen Tatbestand enthalten. Z.B. muss nach dem Wegfall des § 90 a III StGB § 129 StGB einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung unterzogen werden.

b) Gegen zur Zeit der Entscheidung des BVerfG noch nicht rechtskräftige Urteile sind die allgemeinen Rechtsmittel zulässig. Bei auf §§ 49 StVO, 71 StVZO beruhenden Urteilen ist in der Regel lediglich der Schuldspruch -jedoch unter Beachtung des § 265 StPO- zu berichtigen.

c) Gegen zur Zeit der Entscheidung des BVerfG rechtskräftige Urteile ist gem. § 79 I Wiederaufnahme des Verfahrens "entsprechend" den §§ 359 ff. StPO zulässig. § 79 I BVerfGG ist auf alle Entscheidungen anzuwenden, die ihrem Inhalt nach einem Strafurteil gleichkommen, insbesondere auf Strafbefehle und Strafverfügungen.

d) § 79 I BVerfGG gilt auch in den Fällen, in denen an die Stelle einer für nichtig erklärten Vorschrift eine Ersatznorm tritt. Beantragt die Staatsanwaltschaft Wiederaufnahme des Verfahrens, um die Verurteilungen aufgrund der Ersatz-

norm aufrechtzuerhalten, muss die Erneuerung der Hauptverhandlung durch das zuständige Gericht angeordnet werden.

e) In der Hauptverhandlung muss die gesamte Tat neu überprüft werden; insbesondere, ob die bisherigen tatsächlichen Feststellungen eine Verurteilung nach der Ersatzvorschrift tragen, oder ob die Tat zur Zeit der Aburteilung durch Änderungen der Strafgesetze nicht mehr oder in verschärfter Weise mit Strafe bedroht ist (§ 2 II StGB, Art. 103 II, 104 I GG). Das Gericht kann auch trotz gleichen Ergebnisses der Hauptverhandlung zu einer milderen Strafe gelangen. Der Angeklagte kann unbeschränkt neue Einwendungen und Beweismittel gegen seine Verurteilung aufgrund der Ersatznorm vorbringen. Eine Auswechslung der nichtigen gegen die gültige Norm durch einfachen Beschluss ist nicht ausreichend.

f) Die Verfassungswidrigkeit einer Strafvorschrift wirkt sich deshalb auch in diesen Fällen und entsprechend dem Zweck des § 79 I BVerfGG in der Weise zum Vorteil der Verurteilten aus, dass sie die Chance haben, trotz Eingreifens einer Ersatznorm durch eine erneute Hauptverhandlung eine andere Beurteilung ihrer Tat und u.U. eine Herabsetzung ihrer Strafe zu erreichen.

g) Eine Vollstreckung von auf nichtigen Normen beruhenden Strafurteilen ist aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit in jedem Fall unzulässig, unabhängig davon, ob Wiederaufnahme beantragt worden ist oder nicht. Der in § 79 II Satz 2 BVerfGG niedergelegte Grundsatz geht insoweit der Regelung des § 360 StPO vor. Für bereits vollstreckte Urteile ist Entschädigung zu leisten, eingezogene Gegenstände sind zurückzugeben.

Dritter Teil: Stellungnahme

I) Die bisherigen Ergebnisse

In dem vorangehenden Überblick über einzelne Rechtsgebiete ist deutlich geworden, dass die Folgen verfassungswidriger Normen durchaus nicht einheitlich beurteilt werden können. Rechtsprechung, Verwaltung und Schrifttum stehen auf verschiedenen, z.T. entgegengesetzten Standpunkten. Vielfach wird eine auffallende Zurückhaltung sichtbar, zu Fragen des § 79 BVerfGG Stellung zu nehmen, vielfach ist man auch, wo § 79 BVerfGG Anwendung gefunden hat, mehr von den gewünschten Ergebnissen als von Sinn und Zweck der Vorschrift ausgegangen¹⁾. Die Meinungsverschiedenheiten reichen von der Frage, welchen rechtsstaatlichen Gesichtspunkten hinsichtlich des Schicksals von auf nichtigen Normen beruhenden Staatsakten der Vorrang einzuräumen sei, bis hin zu Erörterungen, ob die "grobe Regelung" des § 79 BVerfGG überhaupt auf die Besonderheiten des Staats- und besonderen Verwaltungsrechts zugeschnitten sei. Eines ist jedenfalls dadurch deutlich geworden: § 79 BVerfGG ist im Hinblick auf seinen konkreten Geltungsbereich noch "in vieler Hinsicht ungeklärt"²⁾, eine einheitliche Rechtsauffassung hat sich noch nicht gebildet. Teilweise wurde seine Anwendung abgelehnt, weil es von vornherein an bestimmten Tatbestandsmerkmalen fehlte oder weil man eine allzugrosse Belastung von Gerichten und Behörden befürchtete, teilweise ist man zwar danach verfahren, hat aber dabei dem Sinn und Zweck der Vorschrift nicht mehr Rechnung getragen³⁾. Dies hat z.B. dazu geführt, dass eine Anwendung des § 79 BVerfGG im Wahlrecht von vornherein ausscheiden musste, weil Wahlen keine

1) vgl. Röhl a.a.O.

2) vgl. BVerfG 11/136

3) wie im Fall der auf §§ 49 StVO, 71 StVZO beruhenden Verurteilungen

"Entscheidungen" i.S. des Absatzes II sind und dass § 79 BVerfGG im Beamtenrecht teilweise schon deshalb nicht angewendet werden konnte, weil die betreffenden Vorschriften lediglich für verfassungswidrig, nicht aber gem. § 78 BVerfGG für nichtig erklärt worden waren; ferner hat sich herausgestellt, dass das ausschliessliche Abstellen auf die formelle Bestandskraft¹⁾ der Entscheidungen in § 79 II Satz 1 BVerfGG nicht auf die Besonderheiten des Steuerrechts zugeschnitten war²⁾ bzw. im Sozialrecht nicht erforderlich erschien; die unterschiedliche Anwendung des § 79 BVerfGG zeigt sich schliesslich darin, dass eine Wiederaufnahme der württemberg-badischen Friedensgerichtsurteile von der Rechtsprechung abgelehnt, eine Wiederaufrholung der auf den §§ 49 StVO, 71 StVZO a.F. beruhenden Strafurteile dagegen für zulässig erklärt wurde, obwohl letztere nur dazu diente, die Bestrafungen unter dem Gesichtspunkt des § 21 StVG aufrechtzuerhalten³⁾.

II) Schlussfolgerungen

Aus diesen Beispielen geht hervor, dass § 79 BVerfGG, und dies gilt besonders für Absatz II, nur in den seltensten Fällen, in denen bisher Normen für verfassungswidrig erklärt worden sind, uneingeschränkt Geltung geniessen kann. Allerdings ist dies noch kein ausreichender Grund, § 79 II BVerfGG generell für überflüssig zu erklären oder gar seine Verfassungsmässigkeit in Zweifel zu ziehen. Es wird wohl von niemanden bestritten, dass auf nichtigen Normen beruhende Hoheitsakte nicht ohne weiteres wegfallen und unbeachtlich sein können, sondern dass die Rechtssicherheit deren Aufrechterhaltung in einem bestimmten Umfang fordert. Fraglich ist nur, wo die Grenze zwischen endgültiger Bestandskraft und nachträglicher Abänderungsmöglichkeit zu ziehen ist, genauer gesagt, welcher Zeitpunkt für eine Aufrechterhaltung der Entscheidungen massgebend sein soll. Die

1) formelle Bestandskraft = Unanfechtbarkeit, vgl. näher Wolff, Verwaltungsrecht I, § 52 II und unten S. 39

2) vgl. Scheuner a.a.O.

3) durch Auswechslung der nichtigen gegen die gültige Norm

Beispiele aus dem Steuer-, Sozial- oder Beamtenrecht haben jedenfalls gezeigt, dass der bisher von der h.M. als massgebend angesehene Zeitpunkt der formellen Bestandskraft auf viele, z.T. komplizierte und sachlich völlig verschieden gelagerte Sachgebiete des Verwaltungsrechts nicht zugeschnitten ist. § 79 II BVerfGG ist insofern revisionsbedürftig; eine Änderung würde sich jedoch erübrigen, wenn man § 79 II BVerfGG extensiver auslegen, insbesondere den Begriff "unanfechtbar" in Satz 1 in einem weiteren Sinne als dem der formellen Bestandskraft der Verwaltungsakte verstehen würde. Dies soll im folgenden versucht werden.

1) Der Anwendungsbereich des § 79(II)BVerfGG

Aus den Unzulänglichkeiten des § 79 II BVerfGG für verschiedene Gebiete des Verwaltungsrechts lässt sich zunächst folgern, dass diese Regelung zwar als allgemeine Richtschnur dient, jedoch den Gegebenheiten und der Eigenart der betreffenden Materie Rechnung tragen muss; das bedeutet, dass § 79 II BVerfGG immer dann zurückzutreten hat, wenn diese Gegebenheiten eine andere Lösung verlangen¹⁾; dies gilt insbesondere dann, wenn sich dabei für den Adressaten eines auf einer nichtigen Norm beruhenden Verwaltungsakts ein Mehr an Schutz als in § 79 II BVerfGG vorgesehen ergeben würde²⁾. Die Subsidiarität des § 79 II BVerfGG gegenüber allen Anfechtungs- und Rücknahmemöglichkeiten von Verwaltungsakten mit verfassungswidriger Grundlage lässt sich bis in seine Entstehungsgeschichte zurückverfolgen; schon damals war darauf hingewiesen worden, dass § 79 II Satz 1 BVerfGG keineswegs Aufhebungs- bzw. Rücknahmemöglichkeiten des einzelnen oder der Verwaltung ausschliessen wolle³⁾. Die Vorschrift greift also nur dann ein, wenn der auf der nichtigen Norm beruhende Verwaltungsakt in keiner Weise mehr,

1) dies gilt auch für die Entsch. des BVerfG Bd.7/320 ff. (JuSchG), 9/39, 11/77(MilchG), 9/63 (Arzneiwesen), 10/251, 14/304, 15/1, vgl. Sauer 62

2) vgl. z.B. § 4 III Nr.2 StAnpG

3) sten.Ber., 1.Wahlper., S.4234 (Abg.Neumäuser u.Laforet)

weder durch Anfechtung seitens des einzelnen, noch durch Rücknahme seitens der Verwaltung abgeändert werden kann. Wann dies der Fall ist, lässt sich jedoch nicht einheitlich beurteilen, sondern richtet sich nach den Besonderheiten des jeweiligen Sachgebiets¹⁾. Diese Überlegungen sind allerdings nur dann anzustellen, wenn nicht schon eine "besondere gesetzliche Regelung" vorliegt, die als Spezialnorm gegenüber § 79 II BVerfGG Anwendung findet.

Ist festgestellt, dass der betreffende Verwaltungsakt nicht mehr abänderbar, d.h. endgültig unanfechtbar geworden ist, so ist, bevor man eine Anwendung des § 79 II BVerfGG prüft, immer noch zu untersuchen, ob eine endgültige Aufrechterhaltung auch wirklich den Erfordernissen bzw. Notwendigkeiten der Rechtssicherheit entsprechen würde, oder ob davon nicht ungerechtfertigte oder willkürliche Ergebnisse für den einzelnen zu befürchten sind. Dies kann vor allem dann der Fall sein, wenn die auf einer nichtigen Norm beruhende Entscheidung den Adressaten nicht nur in partikularen Interessen betrifft, sondern auf seine gesamte Rechtsstellung von so einschneidender Wirkung ist, dass ein Festhalten an der Unanfechtbarkeit schlechthin unbillig wäre. Der Vorrang der Rechtssicherheit gegenüber der materiellen Gerechtigkeit in § 79 II Satz 1 BVerfGG kann kein totaler sein; er muss da seine Grenzen finden, wo das Ergebnis mit rechtsstaatlichen Gesichtspunkten nicht mehr zu vereinbaren wäre. Das Abstellen auf die Rechtssicherheit kann ausserdem dann entbehrlich werden, wenn die Zahl der von der Nichtigserklärung einer Norm betroffenen Fälle so gering ist, dass, wenn die Verwaltung der wahren Rechtslage durch Abänderung der Verwaltungsakte Rechnung tragen würde, eine Gefahr für die Rechtssicherheit davon nicht zu besorgen wäre²⁾.

Hierfür sollen einige konkrete Beispiele angeführt werden: Massnahmen mit weittragender Wirkung für den einzelnen finden sich vor allem im Staatsangehörigkeits- und Ausländerrecht. Schon seit längerer Zeit sind Zweifel laut geworden,

1) BVerwG MDR 64/947

2) Ähnlich BFH 75/255 ff.

ob sich die Regelungen des RuStG¹⁾ und des 1.StARG noch im Rahmen der Verfassung (Art.3, 16 116 GG) halten und ob die AuslPolVO aus dem Jahr 1938, die noch stark obrigkeitsstaatliche Züge trägt, mit den heutigen Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit noch vereinbar ist. Die Frage der Verfassungsmässigkeit der AuslPolVO hat sich jedoch inzwischen durch den Erlass eines Ausländergesetzes²⁾ erübrigt.

Bei den einzelnen Vorschriften des Staatsangehörigkeits- und Ausländerpolizeirechts, mit denen sich Gerichte und Autoren speziell befasst haben, handelte es sich einmal um die §§ 8 I, 9 I des 1. StARG, die den sog. deutschen Volkszugehörigen den Erwerb der deutschen Staatsbürgerschaft unter bestimmten Voraussetzungen ermöglichten, jedoch die nach Inkrafttreten des StARG nach Deutschland gekommenen in erheblicher Weise gegenüber den vorher zugezogenen Volksdeutschen benachteiligten³⁾; ferner um § 6 Abs.I und

1) insbesondere § 13, vgl. Schätzkel, § 13, 6 und S. 97, Hoffmann, Grundriss 17

2) Ges. vom 28.4.1965 (BGBl.65/353 ff.)

3) Das 1.StARG vom 22.2.1955 (BGBl.I/65) geht grundsätzlich davon aus, dass die sog. Volksdeutschen i.S. des Art.116 GG (näher hierzu Gerhardt 221 ff.) deutsche Staatsangehörige geworden (§ 1 I) bzw. auf Antrag einzubürgern sind. (§ 6).

Gem. § 9 konnten auch Volksdeutsche, die die Voraussetzungen des Art.116 GG nicht erfüllten (also ihren Wohnsitz ausserhalb des Gebiets des Deutschen Reiches nach dem Stand vom 31.12.1937 gehabt hatten und während des zweiten Weltkriegs aus ihrer Heimat vertrieben worden waren, (vgl. im übrigen ausführlich Seeler, Die Staatsangehörigkeit der Volksdeutschen), aber die Rechtsstellung eines Vertriebenen nach § 1 BVFG hatten, einen Antrag auf Einbürgerung stellen, selbst wenn sie sich inzwischen im Ausland niedergelassen hatten (vgl. Hoffmann, Grundriss, 53, c). Ihre Einbürgerung war jedoch an erschwerte Voraussetzungen geknüpft; sie richtete sich nach § 13 RuStAG, der die Verleihung der deutschen Staatsbürgerschaft von dem Nachweis eines unbescholtenen Lebenswandels und der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit abhängig machte (vgl. Hoffmann a.a.O. 54).

Hatten die Antragsteller dagegen bereits ihren dauernden Aufenthalt in Deutschland genommen, stand ihnen gem. § 8 StARG ohne weitere Erfordernisse ein Einbürgerungsanspruch zu. Nach dem Wortlaut des § 8 StARG ("... dauernden Aufenthalt h a t"), nach der h.M. und nach der Praxis der Verwaltungsbehörden (Hoffmann a.a.O. 53 und StARG § 8, Anm. 3 und 9, BayObLG BayVBl.59/62) gilt dies

II 1. StARG, wonach Volksdeutsche i.S. von Art.116 GG nicht eingebürgert werden konnten, wenn die Gefahr einer Beeinträchtigung der inneren oder äusseren Sicherheit der Bundesrepublik oder eines deutschen Landes gegeben war und die mit dem die Einbürgerung ablehnenden Bescheid automatisch die Rechtsstellung eines Deutschen verloren. Weiter stand auch die Verfassungsmässigkeit des § 7 V der AuslPolVO zur Diskussion, der zur Sicherung der Abschiebung eines unerwünschten Ausländers eine Abschiebungshaft vorgesehen hatte¹⁾, ebenso § 13 II AuslPolVO, der den Aufenthalt eines Ausländers in der Bundesrepublik unter Verstoß gegen ein Aufenthaltsverbot mit Gefängnis bis zu einem Jahr und mit Geldstrafe bedrohte²⁾.

§ 8 1.StARG ist nun für verfassungswidrig gehalten worden, weil das Abstellen auf den mehr oder weniger von Zufälligkeiten abhängigen Zeitpunkt des Zuzugs in die Bundesrepublik für die Betroffenen zu willkürlichen, mit Art. 3 GG unvereinbaren Ergebnissen führen würde³⁾, § 6 I 1.StARG wegen der

allerdings nur für diejenigen, die schon vor dem Inkrafttreten des 1.StARG, d.h. vor dem 26.2.1955 (vgl. § 30) nach Deutschland gekommen waren.

Für die nachher zugezogenen konnte damit weder § 8, noch § 9 angewendet werden; übrig blieb nur, den an sich für Ausländer geschaffenen § 8 des RuStAG heranzuziehen, der die Einbürgerung an strenge Voraussetzungen knüpft (unbescholtener Lebenswandel, Geschäftsfähigkeit, eigene Wohnung, Befähigung zum standesgemässen Unterhalt des Antragstellers und seiner Angehörigen) und der ausserdem in der Regel eine mehrjährige Wartezeit verlangt (Klein 409, Hoffmann a.a.O. 48). Bis zur Einbürgerung wäre damit auf die Antragsteller die AuslPolVO vom 22.8.1938 (RGBl.I/1053) anzuwenden gewesen, welche für die Antragsteller eine erhebliche Erschwerung des persönlichen und wirtschaftlichen Fortkommens mit sich gebracht hätte.

1) wegen Art. 104 II GG

2) vgl. jetzt das neue Ausländergesetz BGBl.65/353 ff.

3) so Schätzel § 9 I Anm.1, Renscher a.a.O., Klein 408 ff., mit dem Hinweis, dass auch in Art.116 GG für den Begriff der Volksdeutschen trotz des Wortlauts ("...Aufnahme gefunden h a t") nicht gefordert wird, dass die Aufnahme schon zur Zeit des Inkrafttretens des GG erfolgt sein muss (vgl. hierzu Gerhardt, 222, d, Hoffmann, StARG 37). Ähnlich hat auch das BVerfG im Zusammenhang mit Art.117 GG (Verwirklichung des Art.3 II ab 1.4.1953) nicht danach unterschieden, ob die den Sachverhalt begründenden Tatsachen (Eheschluss) vor oder nach dem 1.4.1953 entstanden sind (Bd.3/225 ff.,245); in diesem Sinne auch BGHZ 10/266, OLG Hamm, NJW 53/1225, OVG Hamburg ZBR 64/88;

generalklauselartigen Weite und Unbestimmtheit des Tatbestandes, die ein regelrechtes behördliches Verfahren mit praktisch unbeschränkter Ermessensfreiheit zur Folge hat¹⁾ und § 6 II 1.StARG, weil nach Art. 16 GG keinem Deutschen gegen seinen Willen die deutsche Staatsbürgerschaft bzw. sein Anspruch darauf (§§ 8, 6 I 1.StARG i.V.m. Art.116 GG) entzogen werden kann, da in den meisten Fällen Staatenlosigkeit eintreten würde²⁾. Die Abschiebungshaft des § 7 V AuslPolVO wurde für unzulässig gehalten, weil keine ausreichende gesetzliche Ermächtigung i.S. des Art.104 I GG vorhanden war³⁾ und schliesslich hatte auch die Strafdrohung des § 13 II AuslPolVO den an ein Strafgesetz zu stellenden Anforderungen (Art.103 II, 104 I GG) nicht genügt⁴⁾.

Alle Massnahmen, die auf den angeführten Bestimmungen beruhen, haben in der Regel schwerwiegende Auswirkungen auf die Sphäre des einzelnen. Für ein Strafurteil aufgrund des § 13 II, für eine Abschiebungshaft ohne zeitliche Begrenzung nach § 7 V AuslPolVO ist dies von vornherein deutlich. Aber auch die Zulassung oder Ablehnung eines Einbürgerungsantrags aufgrund der §§ 6, 8 I oder 9 I 1.StARG, eine u.U. mehrjährige Wartezeit bis zum Erwerb der Staatsbürgerschaft ist für den Betroffenen von entscheidender Bedeutung; man kann sogar sagen, dass behördliche Massnahmen im Bereich des Staatsangehörigkeitsrechts am nachhaltigsten die Rechtssphäre des einzelnen berühren, da ja für alle diejenigen, die nicht oder noch nicht die deutsche Staatsangehörigkeit erlangt haben, bis zum Erlass des neuen Ausländergesetzes 1965 die AuslPolVO mit ihren zahlreichen Beschränkungen der erwerbswirtschaftlichen und staatsbürgerlichen Betätigung gegolten hat.

Sollten also die angeführten Bestimmungen für nichtig erklärt werden, wäre es unbillig, sich bei den darauf beru-

1) Schätzel § 6, Anm.1 b 2;

2) Gerhardt 223 (IV) und Schätzel 267

3) VGH Freiburg, NJW 55/1247 ff.; das Gesetz vom 11.5.1937 (RGBl.589) bestand nur aus einigen Generalklauseln; vgl. Maunz-Dürig 104, 16, OLG Hamburg NJW 63/2135

4) OLG Hamburg a.a.O.

fenden Entscheidungen auf den Ablauf der Rechtsmittelfristen, d.h. auf die formelle Bestandskraft festzulegen. Für Strafurteile aufgrund des § 13 II AuslPolVO hätte gem. § 79 I ohnehin eine Ausnahme gegolten; aber auch bei Verwaltungsakten müsste eine nachträgliche Änderung möglich sein, z.B. in der Weise, dass einem Einbürgerungsantrag rückwirkend stattgegeben wird. Der in Betracht kommende Personenkreis ist auch keineswegs so gross, dass von einer Abänderung rechtskräftiger Bescheide eine Gefährdung der Rechtssicherheit zu befürchten wäre.

2) Andere Möglichkeiten

Es bleibt die Frage, wie -abgesehen von den eben erwähnten Beispielen- verfahren werden soll, wenn § 79 II BVerfGG auf das Rechtsgebiet, dem die verfassungswidrige Norm angehört, nicht passt bzw. zu ungerechtfertigten Ergebnissen führen würde.

Im Schrifttum sind für solche Fälle verschiedentlich Vorschläge gemacht worden, wie etwa von Spitaler¹⁾ und Felix²⁾, die zwar die grundsätzliche Anwendbarkeit des § 79 II BVerfGG nicht in Frage gestellt haben, jedoch bei "Härtefällen" Ausnahmen zulassen, zumindest aber einen "billigen Ausgleich" gewähren wollen, wenn die Aufrechterhaltung einer rechtskräftigen Entscheidung den einzelnen in ungerechtfertigter Weise belasten würde. Scheuner³⁾ dagegen will mehr auf die "Abgeschlossenheit" der Tatbestände abstellen, bis zu der alle Entscheidungen noch abgeändert werden können. Hierunter soll offenbar der Zeitpunkt verstanden werden, in dem der Adressat des Verwaltungsakts die von ihm geforderte Leistung erbracht, also z.B. Steuern bezahlt hat.

Für eine Lösung des Problems sind diese Vorschläge jedoch zu unbestimmt. Wann ist ein "Härtefall" gegeben? Auf welche Weise soll ein "billiger Ausgleich" erfolgen? Der Vorschlag von Scheuner hätte dazu die Folge, dass die Empfänger der

1) BB 62/422 ff.

2) JZ 59/132

3) a.a.O.

fraglichen Verfügungen nach der Nichtigerklärung der zugrundeliegenden Norm -wenn nicht schon vorher- solange als möglich mit den Zahlungen hintanhaltend, vorsorglich Rechtsmittel einlegen, überhaupt die ganze Angelegenheit so lang als möglich hinziehen, um zu verhindern, dass ihr "Fall" "abgeschlossen" wird und damit unter § 79 II BVerfGG fällt. Ausserdem würde es sich bei diesen Lösungen nur jeweils um Entscheidungen von Fall zu Fall handeln, die bei den unterschiedlichen Auffassungen der einzelnen Verwaltungszweige oder Gerichte zu Ungleichheiten oder entgegengesetzten Ergebnissen bei gleichgelagerten Sachverhalten führen würden. Gibt es nicht andere Kriterien, nach denen sich die Folgen verfassungswidriger Bestimmungen beurteilen lassen? Hierbei ist zunächst zu untersuchen, ob das positive Recht Anhaltspunkte ergibt.

a) Wiederaufleben einer Norm

Eine verfassungswidrige Norm fällt mit ex tunc Wirkung weg, wenn sie für nichtig erklärt wird. Damit tritt ein Rechtszustand ein, wie wenn die verfassungswidrige Norm niemals bestanden hätte, niemals angewendet worden wäre. Hat z.B. eine nichtige spezielle Norm die generelle Vorschrift verdrängt, so gilt letztere wieder; hat die nichtige Norm einen Anspruch ausgeschlossen oder nur unter bestimmten Voraussetzungen gewährt, so muss nunmehr erneut seine Begründetheit im Lichte der neuen Rechtslage überprüft werden. Dieser Grundsatz des Wiederauflebens einer Norm, des Wiedereintritts der ursprünglichen Rechtslage ist in vielfältiger Weise von Gesetzgebung und Rechtsprechung verwendet worden: § 164 III BBG sieht ausdrücklich vor, dass der Anspruch auf Witwengeld "wiederauflebt", wenn die Voraussetzungen, unter denen er "erloschen" war, nachträglich weggefallen sind¹⁾. Entsprechendes ist in § 44 II BVG vorgesehen, wenn die den Anspruch auf Witwenrente ausschliessenden Tatsachen (Wiederverheiratung) nicht mehr bestehen. Nach dem Wegfall der württemberg-badischen Friedensgerichts-

1) OVG Hamburg ZBR 64/86 ff., Fischbach, § 164, Anm.IV 1, Anders-Jungkunz-Kappner, § 38 2 n

barkeit lebten die ursprünglichen Zuständigkeiten und Rechtsmittel für Übertretungssachen wieder auf¹⁾; zur Zeit der Nichtigerklärung anhängige Verfahren hat das BVerfG deshalb an die entsprechenden Amtsgerichte zurückverwiesen (§ 95 II BVerfGG). Im Bereich des Wahlrechts verlieren die Volksvertreter mit der Nichtigerklärung des zugrundeliegenden Wahlgesetzes ihre Mandate; anstelle der aufgelösten Körperschaften treten -so wenigstens das BVerfG²⁾- die alten Gremien wieder in ihr Amt ein.

Beispiele des Wiederauflebens von Normen finden sich noch in weiteren Rechtsgebieten, auf denen Vorschriften für nichtig erklärt worden sind. Im Sozialrecht waren die §§ 44 II AVG und 45 V S.1 BVG verfassungswidrig, weil Waisenrente für Kinder versicherter Ehefrauen nur dann gewährt wurde, wenn letztere den Familienunterhalt überwiegend bestritten hatten. Anstelle dieser Normen gelten nun wieder die allgemeinen Regelungen der §§ 44 I AVG, 45 I BVG, wonach alle Waisen ohne Rücksicht auf die Unterhaltsleistung des verstorbenen Elternteils einen Rentenanspruch haben. Würden die §§ 595 II UVNG, 1267 II RVO, die den §§ 44 II AVG und 45 V S.1 BVG entsprechen, ebenfalls für nichtig erklärt werden, müssten nunmehr die allgemeinen Vorschriften über Waisenrenten der §§ 595 I UVNG und 1267 I RVO wieder Anwendung finden.

In all diesen Fällen handelt es sich jedoch nur scheinbar um wiederauflebende Normen. In Wirklichkeit liegt kein echtes "Wiederaufleben" vor, weil infolge des Wegfalls der für nichtig erklärten Norm ex tunc die generelle Norm niemals ausser Kraft getreten ist, d.h. schon immer für die fraglichen Sachverhalte gegolten hat und deshalb von der nichtigen Norm lediglich überlagert wurde. Daraus folgt, dass die generelle Norm nicht nur für alle zukünftigen, sondern auch für alle bisher aufgrund der nichtigen Norm ergangenen Entscheidungen gelten muss; letztere sind daher von Amts wegen entsprechend abzuändern.

Anders ist es in dem Fall, in dem eine Vorschrift, durch die eine andere Vorschrift aufgehoben wurde, nachträglich

1) BVerfG 11/61

2) Bd. 3/41 ff.(44)

für verfassungswidrig erklärt worden ist. Geht die gesetzes-
gleiche Wirkung der verfassungsgerichtlichen Entscheidung
(§ 31 BVerfGG) so weit, dass dadurch die durch die verfas-
sungswidrige Norm aufgehobene Bestimmung ohne weiteres wie-
der in Kraft tritt? Die Frage ist wohl schon wegen des Prin-
zips der Gewaltenteilung zu verneinen, denn das BVerfG würde
damit an die Stelle des Gesetzgebers treten. Deshalb ist
allgemein anerkannt, dass ein aufgehobener Rechtssatz grund-
sätzlich nicht schon dadurch wieder auflebt, dass das auf-
hebende Gesetz wegfällt¹⁾. Es ist Sache des Gesetzgebers, ob
nach der Entscheidung des BVerfG die alten Bestimmungen wie-
der in Kraft treten oder Neuregelungen erlassen werden sol-
len.

b) Verwendung einer Ersatznorm

Die Heranziehung einer anderen Norm bei Entscheidungen,
die auf einer für nichtig erklärten Norm beruhen, ist auch
noch in anderer Hinsicht möglich. Es gibt Fälle, in denen
der in der nichtigen Norm enthaltene Sachverhalt in dersel-
ben oder ähnlichen Weise in einer anderen, ihrerseits gül-
tigen Vorschrift geregelt ist. Hier geht es dann um die
Frage, ob die betreffenden Entscheidungen aufgrund einer
solchen "Ersatznorm" aufrechterhalten werden können. Be-
kanntestes Beispiel hierfür sind die §§ 49 StVO, 71 StVZO,
nach deren Nichtigkeitserklärung sämtliche auf ihnen beruhende
Strafentscheidungen durch Beschluss auf § 21 StVG "umge-
stellt" wurden²⁾; auch im Fall des § 7 V AuslPolVO ist vom
VG Freiburg eine Ersatznorm verwendet worden, indem er zwar
die Vorschrift wegen fehlender gesetzlicher Ermächtigung
für unvereinbar mit Art. 104 I GG erklärte, eine Abschie-
bungshaft für unerwünschte Ausländer aber dennoch aufgrund
des Gesetzes über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom
28.7.1951³⁾ für zulässig erklärt hat⁴⁾.

1) RG 19/176 ff. 181; Preuss.OVG Bd.36/61 ff., VGH Kassel
VerwRspr. 1/91, OVG Koblenz NJW 54/206; Forsthoff, 138,
Merk, 345 (vgl. auch Anm.10), Siegfried 744; a.A. Wolff,
Verwaltungsrecht I, 118, Nr.3

2) s.näher 2.Teil, 6.Abschn., II, 2

3) durch Ges.vom 1.9.1953(BGBI.II/559)Bundesrecht geworden.

4) es bleibt jedoch zweifelhaft, ob der VGH (a.a.O.) hier
nicht über den Begriff und Rahmen einer "Ersatznorm"

Durch die Existenz einer Ersatznorm kann also das Schicksal von auf verfassungswidrigen Normen beruhenden Entscheidungen aufgefangen werden. Falls eine Vorschrift für nichtig erklärt wird, muss deshalb immer geprüft werden, ob an ihrer Stelle eine Ersatznorm auf die bisher von ihr erfassten Sachverhalte anzuwenden ist. Im folgenden soll versucht werden, einige Beispiele anzuführen, wo sich der Gedanke der Ersatznorm konkret verwirklichen liesse.

Es gibt zahlreiche Gesetze, deren Verfassungsmässigkeit zweifelhaft ist, insbesondere auf dem Gebiet des vorkonstitutionellen Rechts. Hierbei ist z.B. das vorkonstitutionelle Straf- und Nebenstrafrecht zu nennen. Vielfach werden die fraglichen Bestimmungen¹⁾ im Fall ihrer Nichtigerklärung ersatzlos wegfallen, zum Teil werden aber auch die Bestimmungen des allgemeinen StGB als Ersatznorm in Betracht kommen.

hinausgegangen ist. Das Abkommen sah nur vor, dass während des Aufnahmeverfahrens heimatloser Ausländer die zur Aufrechterhaltung der inneren Ordnung "zweckdienlichen" Massnahmen ergriffen werden konnten. Ob dadurch auch die eine Freiheitsentziehung i.S. des Art.104 GG darstellende Abschiebungshaft unerwünschter Ausländer gedeckt werden kann, ist fraglich; dazu ist der Begriff "zweckdienlich" zu unbestimmt gefasst.

- 1) hier ist der bereits erwähnte § 13 II AuslPolVO zu nennen (OLG Hamburg a.a.O.), der aber inzwischen durch das Ausländergesetz 1965 überholt ist, sowie einige Übertretungsstatbestände des StGB, die -nach Maunz-Dürig (Art.2 I, Erl. 79)- schon längst einer "verfassungsrechtlichen Durchkämung" bedürfen, so z.B. § 361 Nr.7 StGB (Arbeitszwang für Arbeitsscheue) wegen seiner Vereinbarkeit mit Art.12 II GG; denn Arbeitsunwilligkeit dürfte lediglich den Verlust des Fürsorgeanspruchs (jetzt § 25 I BundessozialhilfeG), nicht aber eine Bestrafung zur Folge haben. Weiter sind noch die §§ 49, 44 StGB zu nennen, nach denen der Gehilfe milder als der Täter bestraft werden kann, aber nicht muss. Da diese Kann-Vorschrift lediglich durch eine VO (vom 5.12.1939, RGBl.I/2378) in das StGB eingeführt wurde, bestehen Bedenken, ob sie mit Art.103 II, 104 I GG vereinbar ist (Roesen a.a.O., a.A. BGH NJW 62/2209). In dem Entwurf eines neuen Strafgesetzbuchs ist auch die mildere Bestrafung des Gehilfen zwingend vorgeschrieben.

Als Beispiel für letzteren Fall ist hier das Sprengstoffgesetz vom 9.6.1884¹⁾ zu nennen, das in § 5 die Herbeiführung einer Gemeingefahr durch die Anwendung von Sprengstoff mit Zuchthaus (Abs.I), und in schweren Fällen mit Zuchthaus nicht unter 5 Jahren (Abs.II) bestraft; aber auch die blossе Verabredung zu Sprengstoffanschlägen stand, selbst wenn es noch gar nicht zu Versuchshandlungen gekommen war, eine Zuchthausstrafe von mindestens 5 Jahren. Diese Bestimmungen, die deutlich den Stempel der politischen Verhältnisse der damaligen Zeit tragen²⁾, sind aber mit den heutigen Grundsätzen des Verfassungs- und Strafrechts wohl kaum mehr zu vereinbaren; mehr und mehr wurde ihre Verfassungswidrigkeit geltend gemacht, weil insbesondere im Hinblick auf § 6 ein unnatürliches Verhältnis zwischen Strafe und Delikt besteht, die Strafe auch unmenschlich hoch ist und das Komplott strenger als das betreffende Delikt selbst (§ 5) geahndet wird. Ein Indiz für die Verfassungswidrigkeit der Strafbestimmungen des Sprengstoffgesetzes hat der Gesetzgeber selbst erbracht, indem er sie durch das 7. Strafrechtsänderungsgesetz im Jahre 1964³⁾ abgemildert und in die Vorschriften über die Brandstiftung (§§ 306 ff. StGB) eingeordnet hat⁴⁾; einen Ersatz für § 6 des Sprengstoffgesetzes sehen die neuen Regelungen nicht vor. Die Verabredung zu Sprengstoffverbrechen wäre aber jetzt nach der allgemeinen Vorschrift des § 49 a II StGB strafbar, der ein Verbrechenskomplott mit der für den Versuch des beabsichtigten Verbrechens massgebenden Strafe bedroht⁵⁾. Über dieses Eingreifen des § 49 a II StGB als Ersatznorm herrschte auch in den Beratungen zu dem 7. Strafrechtsänderungsgesetz Einigkeit⁶⁾. Sind also Strafur-

1) i.d.F. der VO vom 8.10.1941, RGBl.I/531

2) vgl. Raiser 665, Cramer a.a.O., Lackner 674

3) BGBl.I/337

4) der neue § 311 StGB bedroht nun die Herbeiführung einer Explosionsgefahr mit Zuchthaus, in leichten Fällen mit Gefängnis nicht unter 6 Monaten

5) vgl. Raiser a.a.O.

6) vgl. Lackner a.a.O.

teile aufgrund des § 6 Sprengstoffgesetz ergangen, so wäre, falls das BVerfG den § 6 für nichtig erklärt hätte, gem. § 79 I BVerfGG die Wiederaufnahme des Verfahrens zulässig gewesen, die dann zu einer -allerdings mildernden- Bestrafung unter dem Gesichtspunkt des § 49 a II StGB geführt hätte.

Bei verfassungsrechtlich zweifelhaftem Verordnungsrecht ist das Eingreifen einer Ersatznorm in zweierlei Hinsicht möglich: einmal kommt eine Anwendung der gesetzlichen Ermächtigung selbst in Frage, wenn sie ihrerseits so genau gefasst ist, dass sie den Anforderungen der Art.80 I, 103 Abs.II, 104 I GG genügt, sodass sie ohne nähere Ausgestaltung durch Verordnungsrecht unmittelbar Anwendung finden kann. Diese Möglichkeit wird jedoch nur dann in Betracht kommen, wenn die betreffende Verordnung aus ausserhalb der Ermächtigung liegenden Gründen, z.B. wegen Formmängel, verfassungswidrig ist. Zweitens können anstelle der verfassungswidrigen Verordnung Ersatznormen, z.B. gewisse Bestimmungen im StGB eingreifen, die als Auffangtatbestände für die von der Verordnung erfassten Sachverhalte dienen können. Diese Möglichkeit ist immer dann zu untersuchen, wenn sich die Verfassungswidrigkeit einer Verordnung aus der zugrundeliegenden gesetzlichen Ermächtigung herleitet; es sei jedoch noch einmal wiederholt, dass -falls eine Ersatznorm in Frage kommt- sie nicht pauschal als nunmehr einschlägige Norm übernommen werden kann, so wie es z.B. im Fall des § 21 StVG geschehen ist, sondern dass in jedem einzelnen Fall zu prüfen ist, ob und inwieweit der bisher von der verfassungswidrigen Verordnung erfasste Tatbestand durch die Ersatznorm gedeckt wird. Im folgenden sollen hierfür einige Beispiele angeführt werden.

Nach herrschender Meinung¹⁾ umfassen Strafgesetze i.S. des Art.103 II GG sowohl formelles als auch materielles Recht. Ist z.B. in einer Verordnung Geld- oder Freiheitsstrafe angedroht, soll den Erfordernissen des Art.103 II i.V.m. Art.104 I GG bereits dann genügt sein, wenn sie sich auf

1) vgl. statt vieler Maunz-Dürig, Art.103 II, Erl.106 mit weiteren Nachweisen

eine in einem formellen Gesetz enthaltene Ermächtigung zurückführen lässt.

Hinsichtlich der formellen Voraussetzungen einer gültigen Ermächtigung wird auf die z.Zt. ihres Erlasses massgebenden Grundsätze abgestellt¹⁾. Für Verordnungen aus der Zeit des Nationalsozialismus, in der es keine parlamentarische Gesetzgebung mehr gab, wird deshalb das von der Reichsregierung gesetzte "Gesetzesrecht" als ausreichende Grundlage angesehen²⁾, sofern es nur nicht "typisch nationalsozialistisches Unrecht" enthielt (Art.123 GG)³⁾. Jedoch kannte auch diese Zeit noch einen formellen Unterschied zwischen förmlichen Gesetzen und Verordnungen, wenn beide auch praktisch dieselbe Wirkung hatten, sodass für gültige Ermächtigungen wenigstens die Form eines "Gesetzes" in dem damals geltenden Sinne gefordert werden muss⁴⁾. Wegen Art.123 GG sind aber auch vom Inhalt her an solche Ermächtigungen gewisse Voraussetzungen zu stellen: sie müssen materiell mit dem GG vereinbar sein, d.h. sie dürfen insbesondere nicht gegen die Art.103 II, 104 GG verstossen⁵⁾. Wegen der damaligen Praxis, mehr und mehr Generalklauseln anstelle von fest umrissenen Tatbeständen zu verwenden, ist die Verfassungsmässigkeit von auf solchen "Grundlagen" ergangenem Verordnungsrecht noch in vieler Hinsicht ungeklärt. Der Rechtssicherheit würde es jedenfalls mehr entsprechen, der-

1) vgl. Maunz-Dürig, Art.104, Erl.14 ff., v.Mangoldt-Klein, Art.104, Anm.3, unentschieden BGH Z 15/61

2) blosse Führererlasse können aber selbst unter Zugrundelegung der damaligen Rechtsanschauung nicht als ausreichende Rechtsgrundlage angesehen werden (vgl. Schätzkel, § 13 RuStAG, Anm.7)

3) vgl. BGHSt.5/12 ff., 8/360 ff., 11/85 ff., Roesen a.a.O.

4) Bonner Kommentar, Art.123, II, 6; der BGH anerkennt für das Jahr 1943 jedoch auch das Recht des Führers zu selbständiger Gesetzgebung im Hinblick auf seine damals allgemein anerkannte Stellung als Träger aller Staatsgewalt (NJW 54/511). Es fragt sich, ob dieser Satz auch bereits 1938 Geltung beanspruchen kann, da sich das Problem der formellen Gültigkeit einer Norm nach der Verfassungslage zur Zeit ihres Erlasses beurteilt (BGH a.a.O.)

5) Die Art.103 II, 104 GG sind m.E. keine blossen Formvorschriften -wie es offenbar der KG (NJW 65/209) meint-, sondern gehören zu den wichtigsten materiellen Bestimmungen des GG.

artige, auf Generalklauseln basierende Strafverordnungen als mit dem Zusammentritt des Bundestags ausser Kraft getreten anzusehen. Gegen die h.M. zur Fortgeltung derartigen Verordnungsrechts spricht aber vor allem die Tatsache, dass der Gesetzgeber mehrere solcher Verordnungsvorschriften, die Geld- und Freiheitsstrafe für bestimmte Zuwiderhandlungen androhten, trotz zum Teil "gültiger" Ermächtigungsgrundlage ausdrücklich in den Rang förmlicher Gesetze i.S. des Art.104 I GG erhoben hat¹⁾.

Im folgenden sollen nun einige Bestimmungen angeführt werden, deren Verfassungsmässigkeit wegen der ihnen zugrunde liegenden Generalklauseln oder wegen ihrer in blossen Verordnungen oder Führererlassen enthaltenen Ermächtigung zweifelhaft ist²⁾, und an denen das Eingreifen einer Ersatznorm deutlich gemacht werden kann.

Die Verordnung zum Schutz der Wälder vom 25.6.1938³⁾ verpflichtet alle Personen bei Wald- und Moorbränden zur sofortigen Hilfeleistung, verbietet das Feueranzünden oder Rauchen etc. in oder in der Nähe von Wäldern und bedroht Zuwiderhandlungen mit Haft oder Geldstrafe bis zu 150 Mark (§ 9). Grundlage ist die Verordnung zur Durchführung des Vierjahresplans vom 18.10.1936⁴⁾, die aber, als auf einem blossen Führererlass beruhend, keine gültige Ermächtigung

1) es handelt sich dabei um § 7 AuslPolVO (RGBl.38/I/1053), um § 20 II FürsorgepflichtVO (RGBl.24/I/100) (Unterbringung in einem Arbeitshaus bei Arbeitsunwilligkeit) und um die VO zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten (RGBl.38/1721) (zwangsweise Unterbringung von Personen mit ansteckenden Krankheiten, insbes. TBC). Letztere VO wurde bisher von BGHZ a.a.O., VGH Stgt.DOV 54/761, OVG Münster OVG 7/159, OLG Hamm NJW 63/798, BayVGH DVBl.54/810 für gültig gehalten. Inzwischen ist jedoch die AuslPolVO durch das AusländerG 1965, die FürsorgepflichtVO durch das BundessozialhilfG (BGBl.61 I/815 ff.) und die VO zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten durch das BundesseuchengG (BGBl.61 I/1012) abgelöst worden (vgl.hierzu auch Maunz-Dürig, Art.104, Erl.17)

2) ausführl. hierzu Hans a.a.O. Als gültig anzusehen sind jedoch z.B. die ArbeitszeitVO (RGBl.38 I/447), die ein förmliches Gesetz im damaligen Sinne ist und die VO über Auskunftspflicht (RGBl.23 I/723), die ebenfalls auf ein förmliches Gesetz zurückgeht ("Notgesetz", RGBl.23 I/147), weitere Beispiele bei BayOblG a.a.O.

3) RGBl. I/700

4) RGBl. I/887

darstellen kann. Als Ersatznorm kommen jedoch die allgemeinen Bestimmungen über Brandstiftung und Brandgefährdung, §§ 308, 309, 310 a Nr. 2 StGB in Betracht, die sich annähernd mit den von der Verordnung erfassten Tatbeständen decken¹⁾; die §§ 308 ff. StGB dürfen jedoch nicht unesehen übernommen werden; in jedem einzelnen Fall ist zu untersuchen, ob der fragliche Sachverhalt sämtliche Tatbestandsmerkmale erfüllt.

Die Verordnung über Verfahren, Mittel und Gegenstände zur Unterbrechung und Verhütung von Schwangerschaften vom 21.1.1941²⁾ verbietet u.a. die Herstellung, Einfuhr und den Gebrauch bestimmter, der Schwangerschaftsunterbrechung dienender Gegenstände, ebenso Bestrahlungen oder Injektionen zu diesem Zweck und bedroht Zuwiderhandlungen mit Haft oder Geldstrafe, soweit nicht strengere Strafbestimmungen eingreifen. Die Grundlage bildet die bekannte Verordnung vom 14.11.1938³⁾, die den Reichsinnenminister generell zum Erlass von Polizeiverordnungen und der "erforderlichen" Strafbestimmungen ermächtigte; die Verordnung geht ihrerseits auf Art.5 des Gesetzes zum Wiederaufbau des Reiches vom 30.1.1934⁴⁾ zurück, der eine ähnliche Generalklausel enthielt. Beide Ermächtigungsbestimmungen können aber nicht mehr als ausreichende Rechtsgrundlage der Verordnung zur Verhütung von Schwangerschaften angesehen werden⁵⁾. Für einen Teil der in der Verordnung angeführten Tatbestände, z.B. für das Verschaffen von Mitteln oder Gegenständen zur Abtreibung käme jedoch als Ersatz eine Bestrafung nach § 218 IV StGB in Betracht⁶⁾.

1) § 308 bestraft u.a. die vorsätzliche, § 309 die fahrl. Inbrandsetzung von Wäldern u. Torfmooren, § 310 a Nr.2 die Herbeiführung einer Brandgefahr durch jede Art, z.B. durch Rauchen, Verwendung von offenem Feuer oder Licht etc.

2) RGBl. I/63

3) RGBl. II/1582. Auf dieser Verordnung beruht auch die Verordnung über die Werbung im Heilmittelwesen v. 29.9.1941 (RGBl. I/587), die allerdings von BVerfG (BB 59/352) u. BGH (BGHSt. 9/360 ff. 373, 11/85) für gültig gehalten wird, weil der Wegfall einer Ermächtigung nicht die Unwirksamkeit der auf ihrer Grundlage ergangenen Verordnungen zur Folge habe.

4) RGBl. I/75

5) a.A. BGHSt 5/12 ff.

6) Gem. § 218 IV StGB wird mit Gefängnis bestraft, wer einer Schwangeren Mittel oder Gegenstände zur Abtreibung verschafft.

Weiter ist die Verordnung gegen Bestechung und Geheimnisverrat vom 3.5.1917¹⁾ i.d.F. der Verordnung vom 22.5.1943²⁾ zu nennen, die die Strafbarkeit der aktiven und passiven Bestechung auch auf Angestellte bei Behörden, bei der Wirtschaftslenkung dienenden Verbänden und Organisationen und bei Kartellen ausdehnt. Danach ist die Annahme oder das Sichversprechenlassen von Geschenken oder das Versprechen dienstwidriger Handlungen mit Gefängnis bis zu einem Jahr strafbar, gleichgültig, ob es sich um haupt-, neben- oder ehrenamtlich tätige Personen handelt. Die Verordnung geht auf § 3 des Ermächtigungsgesetzes vom August 1914 zurück, wonach der Bundesrat während der Kriegszeit berechtigt war, "diejenigen gesetzlichen Massnahmen anzuordnen, welche sich zur Abwehr wirtschaftlicher Schädigungen als notwendig erweisen." Ob diese Generalklausel eine ausreichende Rechtsgrundlage der Verordnung von 1943 darstellt, ist zweifelhaft. Zudem war sie ausdrücklich auf die Zeit des Krieges beschränkt. Hinzukommt, dass gegenüber der Verordnung von 1917 bestimmte Strafschärfungen vorgenommen wurden³⁾, ohne dass eine gesetzliche Grundlage vorhanden gewesen wäre⁴⁾. Sollte also die Verordnung von 1943 nichtig sein (Art. 104 I GG), könnten als Ersatznormen die §§ 331, 332 (passive Bestechung) und 335 (aktive Bestechung) StGB in Betracht kommen; der Beamtenbegriff des § 359 StGB ist so weit gefasst, dass nicht nur diejenigen die formell in einem Beamtenverhältnis zu Bund, Ländern oder Gemeinden stehen, darunter fallen, sondern auch die Personen, die bei Organisationen tätig sind, die abgeleitete staatliche Gewalt ausüben⁵⁾; davon wird, zumindest teilweise, auch der in der VO genannte Personenkreis miterfasst⁶⁾.

1) RGBl. I/393

2) RGBl. I/351

3) vgl. § 6 ..

4) die Strafschärfung war in der Änderungsverordnung vom 16.6.1943, RGBl. I/347 enthalten.

5) Aufzählung in BGHSt. 2/120

6) vgl. Dreher-Maassen, § 359, 3 B b

Anhand dieser Beispiele von Ersatznormen lässt sich abschliessend folgendes feststellen: wird eine Norm für nichtig erklärt, deren Tatbestand in gleicher oder ähnlicher Weise in einer anderen Bestimmung enthalten ist, tritt diese als Ersatznorm an die Stelle der verfassungswidrigen Norm. Darauf beruhende Entscheidungen sind jedoch nicht pauschal unter dem Gesichtspunkt der Ersatznorm aufrechtzuhalten; vielmehr muss -so wie es auch bei den §§ 49 StVO, 71 StVZO, 21 StVG geschehen müsste- in jedem einzelnen Fall geprüft werden, ob der festgestellte Tatbestand auch von der Ersatznorm erfasst wird; dies gilt insbesondere dann, wenn die Ersatznorm nur einen dem in der nichtigen Vorschrift ähnlichen Sachverhalt regelt. Diese Nachprüfung muss bei Strafurteilen im Weg der Wiederaufnahme unter erneuter Eröffnung der Hauptverhandlung, bei sonstigen Entscheidungen ex officio erfolgen.

c) Richterliche Lückenfüllung

Schliesslich fragt es sich, wie zu verfahren ist, wenn eine Anwendung des § 79 BVerfGG nicht in Betracht kommt, aber auch keine gültige generelle oder Ersatznorm vorhanden ist. Sicher können Gerichte und Verwaltungsbehörden nicht einfach untätig bleiben und solange zuwarten, bis anstelle der für nichtig erklärten Norm eine gesetzliche Neuregelung ergangen ist¹⁾. Da der Spruch des BVerfG Gesetzeskraft hat und sämtliche Staatsorgane bindet, müssen nunmehr die in der Entscheidung des BVerfG zum Ausdruck gekommenen Verfassungsgrundsätze als unmittelbares Recht Anwendung finden (Art.1 III, 20 III GG, § 31 BVerfGG). Dieses Verfahren einer Lückenfüllung ist seit eh und je als legitime Aufgabe der Rechtsprechung anerkannt²⁾. Es ist besonders deutlich im Zuge der Verwirklichung der Gleichberechtigung (Art.3 II, 117 GG) zum Ausdruck gekommen³⁾. Im Zivilrecht sind z.B. viele tragende Prinzipien erst durch die Rechtsprechung

1) so wie der BFH (Bd.72/610) im Fall des § 26 EStG a.F. verfuhr

2) ausführlich BGHZ 11/Anh.B (34 ff. 51)

3) BVerfG 3/225 ff. (242 ff.), BGHZ 10/266 ff. (276)

entwickelt worden¹⁾; das Arbeitsrecht verdankt einen grossen Teil seiner Begriffe überhaupt erst den in den Entscheidungen der Arbeitsgerichte herausgearbeiteten Grundsätzen. Aber auch an der Herausbildung der wesentlichen Massstäbe und Gesichtspunkte im Staats- und Verwaltungsrecht hat die Rechtsprechung wesentlichen Anteil.

Für die vorliegende Frage ergibt sich daraus, dass die Gerichte immer dann vor dieser Aufgabe stehen, wenn der Gesetzeswortlaut unzureichend, oder wenn -wie hier durch die Nichtigerklärung einer Vorschrift- eine Lücke im Gesetz vorhanden ist. Das muss auch in den Fällen speziellerer gesetzlicher Regelungen gelten. Es sind oben²⁾ Beispiele angeführt worden, in denen eine richterliche Lückenfüllung abgelehnt wurde, weil der Gesetzesvorbehalt in den betreffenden Materien stärker als die Grundrechtsbindung der Gerichte sei. Aber gerade hier erweist sich, ob die Aufgabe einer schöpferischen Rechtsfindung wirklich realisiert werden kann; das besondere Verwaltungsrecht darf nicht zu einer "Sondermaterie" werden, für die die allgemeinen Grundsätze des Verfassungsrechts keine Gültigkeit haben³⁾.

Vielfach wird eingewendet⁴⁾, der Richter schaffe bei der Ergänzung einer Gesetzeslücke einen "neuen Gesetzeswortlaut" und greife damit in verfassungswidriger Weise in die Befugnisse des Gesetzgebers ein. Zunächst einmal muss jedoch festgestellt werden, dass der Richter dabei nicht ohne jede Richtschnur, nicht ohne jede Anhaltspunkte ist. Er kann auf die bereits vorhandene Rechtsprechung zu den Grundrechten zurückgreifen; eine herrschende Meinung wird sich in der Regel rasch bilden⁵⁾; vielfach werden sich auch aus den Entscheidungen in ähnlichen Fällen Anhaltspunkte für die Beurteilung des in Frage stehenden Sachverhalts gewinnen lassen. Das ausschlaggebende Argument gegen die Ansicht, der Richter masse sich bei der Gesetzesergänzung oder Lücken-

1) vgl. die Judikatur zu §§ 133, 157, 242 BGB

2) S. 136, 140 ff.

3) vgl. Patzig a.a.O.

4) BFH a.a.O.

5) BVerfG 3/225 ff. 245

füllung legislative Befugnisse an, bildet jedoch der schon seit langem anerkannte Grundsatz, dass die Gewaltenteilung zwar "tragendes Organisationsprinzip" der Verfassung, zugleich aber auch Grundlage der politischen Machtverteilung im Staat ist¹⁾ und deshalb nirgends rein durchgeführt sein kann. In der geschichtlichen Wirklichkeit wird keine Verfassung bestehen können, die ohne Ausnahmen und Überschneidungen auskommt²⁾. Auch im Grundgesetz finden sich solche Überschneidungen zwischen Legislative, Exekutive und Rechtsprechung: man denke z.B. nur an die Art. 41, 44, 61 und 94 II i.V.m. § 31 BVerfGG. Die gesetzgeberische Freiheit, neue Regelungen anstelle für nichtig erklärter Normen zu schaffen, wird nicht dadurch beeinträchtigt, dass die Gerichte das vorhandene Recht am GG messen und durch die Nichtigerklärung entstandenen Lücken ausfüllen; wie sie dabei zu verfahren haben, ist z.B. in § 1 ZGB in klassischer Weise ausgedrückt, nämlich so, "wie der Gesetzgeber entschieden haben würde, wenn er diesen Sachverhalt zu regeln gehabt hätte."

Das Gebot verfassungskonformer Lückenfüllung erstreckt sich zwar auch auf Entscheidungen, die bereits aufgrund der für nichtig erklärten Normen ergangen sind; falls Struktur und Eigenart der betreffenden Materie es erfordern, falls ein Abstellen auf die Rechtssicherheit entbehrlich erscheint, müssen sie abweichend von § 79 II BVerfGG auch noch nach Ablauf der formellen Rechtsmittelfristen abgeändert werden. Der Schwerpunkt der richterlichen Lückenfüllung liegt jedoch bei zukünftigen, nach der Nichtigerklärung der Norm zu treffenden Entscheidungen. Um abschliessend auch hier konkrete Beispiele zu nennen: nach der Entscheidung des BVerfG zu § 27 EStG (Zusammenveranlagung von Eltern und Kindern) darf die Rechtsprechung entsprechende Steuerbescheide nicht zurückstellen, bis die Einkommenbesteuerung für Vermögen von Kindern unter 18 Jahren gesetzlich neu geregelt ist, sondern muss gleich den Grundsatz der Individual-

1) vgl. Maunz-Dürig, Art. 20, Erl. 110, BVerfG a.a.O. 247

2) BGH a.a.O. 276

besteuerung, d.h. der getrennten Veranlagung aller Familienangehörigen zugrundelegen; im Steueränderungsgesetz 1964 ist im übrigen ein Ersatz für § 27 EStG nicht geschaffen worden. In den Fällen der §§ 10 b EStG, 8 und 18 UStG, Art.2 VII. Steueränderungsgesetz 1960 und § 1 III Nr.1 GrEStG, in denen bisher keine Neuregelungen getroffen sind, muss ebenfalls in Übereinstimmung mit Art.3 und 6 GG verfahren werden; dasselbe gilt im Beamtenrecht, wo eine Neuregelung des § 19 I BWGöD ebenfalls noch auf sich warten lässt.

III) Zusammenfassung

1. Die bisherige Literatur und Praxis haben ergeben, dass die Folgen verfassungswidriger Normen unterschiedlich und zum Teil gegensätzlich beurteilt werden.

2. Insbesondere lässt sich das Schicksal unanfechtbarer, auf nichtigen Normen beruhender Entscheidungen nicht einheitlich nach § 79 BVerfGG bestimmen. Eine Anwendung der Vorschrift in der jetzigen Fassung ist in vielen Fällen gar nicht möglich, weil sie auf verschiedene Gebiete des Staats- und Verwaltungsrechts nicht zugeschnitten ist; teils fehlt es dabei schon an den tatbestandlichen Voraussetzungen, teils ist der Grundsatz des Vorrangs der Rechtssicherheit gegenüber der materiellen Gerechtigkeit entbehrlich, weil er zu ungerechtfertigten bzw. willkürlichen Ergebnissen führen würde.

3. Eine sachgerechte und differenzierte Lösung muss daher den besonderen Gegebenheiten der einzelnen Sachgebiete Rechnung tragen. Nach den dort massgebenden Grundsätzen bestimmt sich, wie mit Entscheidungen, die auf einer verfassungswidrigen Vorschrift beruhen, zu verfahren ist. Dabei ergibt sich folgende Rechtslage:

4. Mit dem Wegfall einer nichtigen Norm *ex tunc* tritt wieder der ursprüngliche Rechtszustand in Kraft; aufgrund verfassungswidriger Gesetze konstituierte Organe verlieren mit der Nichtigerklärung ihre Funktion; im Gerichtsverfassungsrecht treten z.B. an die Stelle von verfassungswidrig eingesetzten Gerichten die ursprünglichen Zuständigkeiten des Gerichtsverfassungsgesetzes.

5. Es kann auch Fälle geben, in denen nach dem Wegfall einer nichtigen Norm eine bisher durch sie überlagerte Vorschrift wieder Anwendung findet. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn es sich um das Verhältnis spezielle Norm-allgemeine Norm handelt. Die nunmehr wieder geltende generelle

Norm dient als Grundlage für alle zukünftigen, bisher aufgrund der nichtigen Norm zu treffenden Entscheidungen. Da sie aber schon immer für die fraglichen Sachverhalte gegolten hat, müssen auch alle bisher ergangenen Entscheidungen nach ihr beurteilt und entsprechend abgeändert werden. Ist durch die nichtige Norm eine andere Norm aufgehoben worden, so tritt letztere nicht automatisch wieder in Kraft; vielmehr ist es Sache des Gesetzgebers zu entscheiden, ob die alte Bestimmung wieder in Kraft treten soll oder ob Neuregelungen zu erlassen sind.

6. Weiter gibt es Fälle, in denen der in der nichtigen Norm enthaltene Tatbestand ganz oder zum Teil in gleicher oder ähnlicher Weise in einer anderen, ihrerseits verfassungsmässigen Norm geregelt ist. An die Stelle der nichtigen Norm tritt dann diese Ersatznorm. Bisher ergangene Entscheidungen dürfen jedoch nicht unbesehen und automatisch unter diesem Gesichtspunkt aufrechterhalten werden. Vielmehr ist in jedem einzelnen Fall zu untersuchen, ob und in welcher Weise der fragliche Sachverhalt von der Ersatznorm erfasst wird. Der Adressat der Entscheidung muss Gelegenheit erhalten, Einwendungen gegen eine Anwendung der Ersatznorm vorzubringen. Diese Untersuchung einer Auswechslung der nichtigen gegen die gültige Norm erfolgt bei Strafentscheidungen im Weg des Wiederaufnahmeverfahrens (§ 79 I BVerfGG) durch die erneute Eröffnung der Hauptverhandlung, bei Verwaltungsakten von Amts wegen.

7. In den Fällen, in denen weder eine wiederauflebende Norm noch eine Ersatznorm zur Verfügung steht, muss die durch die nichtige Norm entstandene Gesetzeslücke von der Praxis in unmittelbarer Anwendung der Verfassung und den in der Entscheidung des BVerfG zum Ausdruck gekommenen Grundsätzen ausgefüllt werden. Ein Abwarten bis zum Erlass einer gesetzlichen Neuregelung, deren Zeitpunkt und Inhalt ungewiss ist, würde gegen Art.1 III, 2o III GG i.V.m. § 31 BVerfGG verstossen und wäre deshalb unzulässig.

L e b e n s l a u f

Am 26. Juni 1938 bin ich in Grossbettlingen, Kreis Nürtingen/Neckar als zweites Kind des Pfarrers Otto Majer und seiner Frau Maria geb. Eppinger geboren.

Ich besuchte das Gymnasium in Kirchheim/Teck, Ludwigsburg und Stuttgart und studierte anschliessend von 1957 bis 1961 Rechtswissenschaften und politische Wissenschaften in Freiburg, Bonn und Berlin. Während meines Studiums in Freiburg habe ich an verschiedenen staatsrechtlichen Seminaren von Herrn Prof. Dr. Hesse teilgenommen, dem ich auch die entscheidende Förderung dieser Arbeit verdanke.

Nach dem ersten juristischen Staatsexamen 1961 in Freiburg habe ich mit Hilfe eines Austauschstipendiums der Freiburger Universität ein Jahr am Bologna Center der John Hopkins University studiert.

Seit Dezember 1962 stehe ich im juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Baden-Württemberg. Während der freien Verwaltungsstation bin ich bei der Deutsch-Italienischen Handelskammer in Rom tätig gewesen.

